Rechtslexikon.

Fünfter Band.

Hamburg — Juden.

Rechtslexikon

für

Juristen aller teutschen Staaten

enthaltend

die gesammte

Rechtswissenschaft.

Bearbeitet

von

Prof. Dr. **Arndts** in München; Appellationsgerichtspräsident Dr. **Beck** in Leipzig; Advocat **Bopp** in Darmstadt; Regierungsrath **Buddeus** in Leipzig; Advocat **Gans** in Celle; Prof. Dr. **Gaupp** in Breslau; Domherr, Ordinarius rc. Dr. **Günther** in Leipzig; Prof. Dr. **Heimbach** in Leipzig; Prof. Dr. **Jacobson** in Königsberg; Justizministerialrath Dr. von **Jagemann** in Karlsruhe; Prof. Dr. **Jordan** in Marburg; Prof. Dr. **Luden** in Jena; Reichs- und Staatsrath von **Maurer** in München; Prof. Dr. **Michaelis** in Tübingen; Geheimen-Rath rc. Dr. **Mittermaier** in Heidelberg; Oberappellationsrath Dr. **Pfeiffer** in Kassel; Geh. Justizrath Prof. Dr. **Puchta** in Berlin; Prof. Dr. **Reyscher** in Tübingen; Prof. Dr. **Richter** in Marburg; k. k. Appellationsrath Dr. **Tausch** in Klagenfurt; Canzler rc. Dr. von **Wächter** in Tübingen; Prof. Dr. **Weiß** in Gießen; Prof. Dr. **Wilda** in Breslau; Prof. Dr. **Witte** in Halle; O.-J.-Rath von **Zirkler**, Mitglied des k. w. Staatsgerichtshofes rc. in Tübingen und Anderen,

redigirt

von

Dr. Julius Weiske,

Professor in Leipzig.

Fünfter Band.

Hamburg — Juden. (Ende des Buchstaben J.)

Leipzig, 1844.

Verlag von Otto Wigand.

Hamburg[1]). Die ehemalige freie Reichs- und Hansestadt Hamburg die größte unter den vier zum teutschen Bunde gehörigen freien Städten, liegt an der Elbe zwischen 53° 34′ und 53° 50′ nördl. Br. und 27° 30′ und 28° 13′ östl. L. vom Meridian von Ferro. Die Einwohnerzahl ist in der Bundesmatrikel für Stadt und Gebiet auf 129,800 angegeben; so viel mögen aber jetzt auf die Stadt allein kommen, auf welche damals etwa 100,000 gerechnet wurden. Es sind darunter etwa 4500 Reformirte, 2000 Katholiken, 1000 Menoniten und 10,000 Juden. Das Gebiet, etwa fünf □Meilen im Umfange, ist theils alleiniges, theils gehört es Hamburg und Lübeck gemeinschaftlich, nämlich das Amt Bergedorf mit 10,113 Einw., die Vierlande mit etwa 6970 Einw. und Geesthacht mit 994 Einw. Von dem alleinigen Gebiete liegt das Amt Ritzebüttel (etwa 1 □Meile mit 4500 Einw.) 18 Meilen von der Stadt entfernt, am Ausflusse der Elbe.

I. Geschichtliche Uebersicht[2]). Die Verfassung von Hamburg hat sich, wie die der meisten Städte, unter mannigfachen Streitigkeiten und

---

1) L. v. Heß, Hamburg topographisch, politisch und historisch beschrieben (Hamburg), 3 Thle., 8.

2) Die hauptsächlichsten Bücher zur Geschichte Hamburgs, besonders wegen der Urkunden wichtig, sind, außer den allgemeinen Werken von Alb. Crantz und Lindenbruch (hist. Archiepisc. Bremens.) und Thraciger's Hamb. Chronik in Westphalen Monum.: Lambecii origines Hamburgenses. (Hamburg. 1652.) 2 T. 4. Staphorst, Hamb. Kirchengeschichte (Hamb. 1723), 5 Bde., 4. Stelzner's Versuch einer zuverlässigen Nachricht von dem kirchlichen und polit. Zustande der Stadt Hamburg (1731 flg.), 6 Thle., 8. Ziegra, Sammlung von Urkunden u. s. w., als eine Grundlage zur Kirchenhistorie neuerer Zeit (1764 flg.), 4 Thle., 8. Schütze, Geschichte von Hamburg, 2 Thle. 1775. 1784. 4. Desselben Sammlung von bisher ungedruckten Beweis- und Erläuterungsschriften zur Hamburg. Gesch. 1780. 4. Klefeker's unten anzuführende Sammlung Hamb. Gesetze u. s. w. Sartorius, Geschichte der Hansa in der Bearbeitung von Lappenberg. S. aber Lappenberg, von den Quellen der Hamb. Geschichte bis kurz nach der Reformation, in der Zeitschrift des Vereines für Hamb. Gesch. (1841), Bd. 1, S. 30. Der bereits gedruckte erste Band eines Hamburgischen Diplomatorium ist großentheils beim Brande zerstört worden.

Kämpfen entwickelt. Diese scheinen aber nicht sowohl unter dem aristokratischen und demokratischen Theile der Bürgerschaft (den Reichen und Armen, den Kaufleuten und Handwerkern nebst der übrigen Gemeinheit, den Stuben oder Gesellschaften der (Alt-) Bürger und den Zünften u. s. w.), sondern vielmehr zwischen dem von sehr alter Zeit her, durch freie (nicht auf bestimmte Familie beschränkte) Wahl sich selbst ergänzenden Rath und der Bürgerschaft stattgefunden zu haben. Ein Patriciat hat sich nie gebildet; Adel und Bürgerrecht wurden als unverträglich mit einander angesehen [3]). Die Kämpfe, aus welchen die Hamburgische Verfassung in der Gestalt, welche sie bis auf die neueste Zeit behalten hat, hervorgegangen ist, fielen auch nicht sowohl in die, sonst für die Entwickelung der städtischen Verfassung so wichtige Zeit des 13. und 14. Jahrhunderts, sondern traten erst im 15. und 16. ein, und dauerten bis zu Anfange des 18. Jahrh. Die Zeiten der Reformation und der Anfang des vorigen Jahrhunderts sind die wichtigsten Epochen für die Ausbildung der heutigen Verfassung Hamburgs [4]). Zu Anfange des vorigen Jahrhunderts sind nach Streitigkeiten, welche fast eine Auflösung aller bürgerlichen Ordnung herbeigeführt hätten, unter Vermittelung einer kaiserlichen Commission die vier unten zu nennenden Grundgesetze zu Stande gekommen, auf welchen im wesentlichen noch die Verfassung Hamburgs beruht. Die Aufregung, die so lange gedauert hatte, verlor sich seit jener Zeit; die Spuren des Kampfes erloschen vollends gegen die Mitte des vorigen Jahrhunderts; Hamburgs Handel erweiterte sich, von einer weisen Handelspolitik, die alle Fesseln des Zunftwesens schon längst gesprengt hatte, geleitet, von zweckmäßigen Anstalten gefördert, zum Welthandel, und die Stadt behauptete ihre Reichsfreiheit, welche nach vielfältigen Streitigkeiten von Dänemark in dem gottorper Vertrage 1768 anerkannt wurde [5]). Die Auflösung des teutschen Reiches (1806) gab Hamburg eine Staatsselbstständigkeit, durch welche es vollends der Willkür des französischen Kaisers preisgegeben war. Im J. 1811, den 20. August, wurde Hamburg dem französischen Kaiserstaate einverleibt, als Hauptstadt des Departements der Elbmündung. Es wurde Stadt und Gebiet in französischer Weise organisirt und französisches Recht galt hier nun (mit einer kurzen Unterbrechung, vom 31. März bis zum 30. Mai 1813, in welcher Zeit die Stadt sich der selbst erkämpften Freiheit erfreute, wo-

3) In dem Statute von 1270, I. 4. heißt es: Id ne scal nen ridder wonen bynnen desseme wicbilde, dat hebben de wittig heften ghelovet unn gewilkort by ereme ede. S. über diese Bestimmung: Westphalen, Hamburgs Verfassung Bd. 1, S. 336. Dieses ist in allen folgenden und auch in dem Statute von 1603, I. 2, 1 wiederholt: Es soll kein Ritter oder rittermäßige Person in dieser Stadt oder Weichbild wohnen. Vgl. auch Anderson, Hamb. Privatrecht Bd. 2, S. 418.

4) Lappenberg's treffliches Programm der dritten Säcularfeier der bürgerschaftlichen Verfassung Hamburgs am 29. Sept. 1828, Fol.

5) Nachrichten von dem rechtlichen Zustande der Reichsfreiheit und Immediatät der Stadt Hamburg in Faber's Staatscanzelei Bd. 67, S. 288—310, Bd. 68, S. 233—454.

für sie nachmals so hart hat büßen müssen) bis zum 27. Mai 1814. Durch den siegreichen Kampf der Völker und den Willen der alliirten Mächte erhielt Hamburg seine Freiheit und Selbstständigkeit wieder. Der Senat reconstituirte sich und vereinigte sich mit der Bürgerschaft zur Wiederaufnahme der freien und selbstständigen Verfassung Hamburgs; die wesentliche ältere Grundverfassung der Stadt wurde als wiederhergestellt erklärt, jedoch mit Vorbehalt derjenigen Modificationen, Veränderungen und Verbesserungen in Ansehung der einzelnen Zweige der öffentlichen Einrichtungen, welche theils als Folgen der erlittenen Gewalt, theils als früher bereits empfundenes Bedürfniß, besonders in Hinsicht des öffentlichen Finanzwesens, zu treffen, verfassungsmäßig würden gut befunden werden. Die in Hamburg und dessen Gebiete vor der französischen Besitznahme giltig gewesenen Gesetze, als Civil-, Criminal- und sonstigen Gesetze, Rechte und rechtliche Gewohnheiten und Verfügungen wurden wieder in Kraft gesetzt und die Giltigkeit der 5 französischen Gesetzbücher aufgehoben. — Hamburg nahm nun auch an dem Congresse zu Wien und den daselbst gepflogenen Verhandlungen über die politische Gestaltung Teutschlands Theil und unterzeichnete am 8. Juni 1815, als eine der mit contrahirenden freien Städte Teutschlands, die teutsche Bundesacte. — Es nimmt im engeren Rathe der Bundesversammlung an der 17., den vier freien Städten zustehenden Curiatstimme Theil.

II. **Quellen des Hamburgischen Rechtes.** Unter den eigenthümlichen, allgemeineren Quellen, von welchen hier nur die Rede sein kann, sind zunächst zu erwähnen:

1) **Die Statuten**[6]. Die vorzugsweise Quelle für das Privat-, Handels-, besonders Seerecht und Strafrecht, enthalten aber auch einige auf die Verfassung sich beziehende Bestimmungen. Das Hamburgische Stadtrecht von 1270 zeichnet sich vor ähnlichen Rechtsquellen jener Zeit durch Reichthum des Inhaltes und systematische Anordnung aus. Eine nicht geringe Zahl Artikel sind aus dem Sachsenspiegel entlehnt; eine sichtbare Verwandtschaft mit Aufzeichnung des lübischen Rechtes tritt nirgends hervor. Einige wenige Abänderung und Zusätze erhielt das Statut im J. 1276. Umgearbeitet wurde es, aber wie es scheint ohne Benutzung irgend fremder, sei es teutscher und recipirter Rechtsquellen, im J. 1292 und 1497[7]. Auch in der letzten Bearbeitung, die sich

---

6) M. Richey, Historia Statutorum Hamburgensium a. 1738.; abgedruckt im Thesaurus iuris prov. et statut. (Gießen 1756.) Vol. I. p. 1—128. — Auch Schuback, diss. epist. de origine Statut. Hamb. non susatensi. Gött. 1749.; abgedruckt im Thesaurus iuris prov. et statut. I. p. 425 sq.

7) Alle diese älteren Statuten sind bisher am besten gedruckt in Anderson, Hamburgisches Privatrecht (Hamb. 1782—1792), 5 Bde., dessen ersten Band sie füllen. Das Statut v. 1270 in Westphalen, Monum. Ambr. IV. p. 2084.; das von 1497 im Thes. iuris prov. et stat. I. p. 633. — Von einer neuen kritischen, durch Lappenberg und Baumeister besorgten Ausgabe der älteren Rechtsquellen und der t. Hamburgischen Rechtsalterthümer war der erste, die älteren Stadtrechte enthaltende Band bereits vor dem Brande

in ihrem Charakter noch gar nicht von der früheren unterscheidet, findet sich außer einer Bestimmung über die Verjährung noch keine Spur der Einwirkung des römischen Rechtes. Da das Eindringen des letzteren eine durchgängige Revision fühlbar machte, wie dieses bereits in den Recessen von 1529 und 1548 ausgesprochen ist, so kam eine solche 1603 zu Stande. Der Rath war dabei von der Bürgerschaft zu so rascher Eile getrieben worden, daß er sich, schon ehe das neue Statut in Druck gegeben wurde, gedrungen sah, auf eine Revision desselben anzutragen. Diese erfolgte denn auch im Laufe des J. 1604 und 1605. Die Vorrede zu dieser Revision hat aber das alte Datum, 10. Oct. 1603, beibehalten. Es ist dieses das jetzt geltende Stadtrecht, denn eine weitere Umarbeitung ist nicht erfolgt, wiewohl in dem Bürgerconvente vom 10. Mai 1627 eine solche beschlossen und als längst vor nütz und nöthig befunden bezeichnet worden war. Die Quellen, welche bei Bearbeitung der Statuten von 1605 benutzt worden sind, sind außer den älteren Städterechten und Recessen, besonders die Nürnberger Reformation von 1564, das revidirte lübische Recht, die sächsischen Constitutionen von 1572 und das römische corpus iuris[8]). Gedruckt sind diese neueren Statuten unter dem Titel: „Der Stadt Hamburg Gerichtsordnung und Statute" 1605 (bei Frobeni), 1681—83 (bei Volkers) mit sinnentstellenden Druckfehlern, correcter 1771 (bei Königs Erben), und am besten auf Veranlassung des Vereines für Hamburgische Geschichte, mit Auszügen aus den Commentaren. Hamburg 1842. 4.

2) Recesse, Rath- und Bürgerschlüsse. Beide Ausdrücke sind eigentlich gleichbedeutend; der erstere ist in neuerer Zeit außer Uebung gekommen. Es sind Gesetze, im Gegensatze zu bloßen Verordnungen, welche nur durch einen gemeinschaftlichen Beschluß von Rath und Bürgerschaft zu Stande kommen können. Im engeren Sinne versteht man unter Recesse aber Rath- und Bürgerschlüsse, welche unter Beidrückung des großen Stadtsiegels feierlich ausgefertigt worden sind; es geschah dieses früher besonders bei solchen Beschlüssen, die nach langen Streitigkeiten gleichsam als Friedensschlüsse zwischen Rath und Bürgerschaft zu Stande kamen und daher auch besonders Verfassungsbestimmungen enthalten. Die Recesse sind daher vorzugsweise Quellen für das öffentliche Recht, wie die Statuten insbesondere für das Privatrecht. Der älteste erhaltene Receß ist von 1410; die wichtigsten sind die oben bereits erwähnten vier Grundgesetze: der Hauptreceß der Stadt Hamburg, in einer Reihe von Rath- und Bürgerschlüssen vom 11. August bis 13. Oct. 1712 genehmigt und am 15. Oct. beiderseitig unterzeichnet; ferner

---

gedruckt. Hilfsmittel zum Verständnisse M. Richey, Idioticon Hamburgense. Hamb. 1755., auch im angef. Thesaurus I. p. 129—424.

8) Eine genaue Angabe der Quelle, woraus jeder Artikel, so weit es ermittelt ist, entnommen, findet sich in J. K. Gries, Commentar zum Hamburgischen Stadtrechte von 1603, herausgegeben von N. A. Westphalen (Hamb. 1827), 2 Bde., II. S. 363 flg., und genauer noch in der Einleitung zur neuen Ausgabe des Stadtrechtes S. XXXIX flg.

das Reglement der Hamburgischen Rath- und Bürgerconvente vom 22. Sept. 1712, so wie der Unionsreceß der bürgerlichen Collegien, welche beide letzteren Anlagen des Hauptrecesses bilden; endlich der bereits 1694 vom Senate revidirte, vom Kaiser am 7. Sept. 1710 confirmirte Unionsreceß des Senates, welcher von der kaiserlichen Commission unter dem Titel neuer Hamburgischer Unionsreceß am 17. Nov. 1710 publicirt wurde. Durch diese Grundgesetze sind aber keineswegs alle früheren Recesse ihrem ganzen Inhalte nach antiquirt worden; sie haben vielmehr ihre Giltigkeit nur so weit verloren, als sie mit den Principien der Grundgesetze unvereinbar, oder durch spätere Bestimmungen aufgehoben worden sind. Die wichtigeren jener älteren Recesse sind die von 1458, 1483, besonders von 1529, 1548, 1562, 1579, 1582, 1603, 1618, 1633, 1657, 1663, 1764 (der windisch-grätzische)[9]. Eine Uebersicht über die Rath- und Bürgerschlüsse gewähren: (Wygand) Nucleus recessuum et conventuum Hamburgensium (v. 1410—1704). Alton. 1705. fol. Es ist dieses Buch alphabetisch nach dem Inhalte der Recesse geordnet. Rühl, Hamburger Rath- und Bürgerschlüsse vom J. 1700—1800. Hamb. 1803. Fol. Lohmann, Hamb. Rath- und Bürgerschlüsse von 1801—1840, 5 Bde., 4.

3) Burspracken (von Bür: incola). Man versteht darunter eine Sammlung alter und neuer, von Rath und Bürgerschaft beliebter, großentheils Polizeisachen betreffender Gesetze, welche jährlich zu bestimmten Zeiten und mit besonderen Feierlichkeiten vom Rathhause öffentlich verlesen wurden. Es hatte sich dieser Gebrauch in Hamburg bis zum Umsturz der Verfassung im J. 1810 erhalten, ist dann aber nicht wieder erneut worden. Zwei solcher Bursprachen, welche nach und nach ergänzt wurden, sind abgedruckt in Lünig, Reichsarchiv P. spec. Cont. IV, p. 1032—1049 und 1049—1080[10].

4) Endlich sind auch noch zu erwähnen die Publicationen des Senates; theils Verordnungen desselben, theils officielle Bekanntmachungen der Rath- und Bürgerschlüsse. Sie finden sich in (Blanc) Sammlung der von E. hochedlen Rath der Stadt Hamburg sowohl zur Handhabung der Gesetze und Verfassungen, als bei besonderen Ereignissen von Anfang des 17. Jahrh. ausgegebenen Mandate, bestimmte Befehle und Bescheide u. s. w., 6 Thle., 1762—1773, 6 Bde., 8. Anderson's Sammlung Hamb. Verordnungen von 1774—1810, 8 Bde., 8.

---

9) Lünig, teutsches Reichsarchiv Pars spec. Cont. IV. p. 921—1247. L. v. Heß, unwiderruflich Fundamentalgesetz, Regierungsform oder Hauptreceß der Stadt Hamburg; mit einer Einleitung. 1782. 8. Bes. aber (Bartels) neuer Abdruck der vier Hauptgrundgesetze der Hamb. Verfassung, mit vorausgeschickter erläuternder Uebersicht. Hamb. 1823. Nachtrag zum neuen Abdrucke der vier Hauptgrundgesetze, betreffend 1) die älteren Recesse, 2) die Buhrsprache und 3) Zusätze zu der den vier Hauptgrundges. vorausgeschickten erläuternden Uebersicht. 1825. 8. Supplementband zum neuen Abdrucke u. s. w. und dessen Nachtrage. 1825. 8.

10) Im Auszuge in Bartel's angef. Nachtrage zu den Hamb. Grundgesetzen S. 245—266.

Kämpfen entwickelt. Diese scheinen aber nicht sowohl unter dem aristokratischen und demokratischen Theile der Bürgerschaft (den Reichen und Armen, den Kaufleuten und Handwerkern nebst der übrigen Gemeinheit, den Stuben oder Gesellschaften der (Alt-) Bürger und den Zünften u. s. w.), sondern vielmehr zwischen dem von sehr alter Zeit her, durch freie (nicht auf bestimmte Familie beschränkte) Wahl sich selbst ergänzenden Rath und der Bürgerschaft stattgefunden zu haben. Ein Patriciat hat sich nie gebildet; Adel und Bürgerrecht wurden als unverträglich mit einander angesehen [3]). Die Kämpfe, aus welchen die Hamburgische Verfassung in der Gestalt, welche sie bis auf die neueste Zeit behalten hat, hervorgegangen ist, fielen auch nicht sowohl in die, sonst für die Entwickelung der städtischen Verfassung so wichtige Zeit des 13. und 14. Jahrhunderts, sondern traten erst im 15. und 16. ein, und dauerten bis zu Anfange des 18. Jahrh. Die Zeiten der Reformation und der Anfang des vorigen Jahrhunderts sind die wichtigsten Epochen für die Ausbildung der heutigen Verfassung Hamburgs [4]). Zu Anfange des vorigen Jahrhunderts sind nach Streitigkeiten, welche fast eine Auflösung aller bürgerlichen Ordnung herbeigeführt hätten, unter Vermittelung einer kaiserlichen Commission die vier unten zu nennenden Grundgesetze zu Stande gekommen, auf welchen im wesentlichen noch die Verfassung Hamburgs beruht. Die Aufregung, die so lange gedauert hatte, verlor sich seit jener Zeit; die Spuren des Kampfes erloschen vollends gegen die Mitte des vorigen Jahrhunderts; Hamburgs Handel erweiterte sich, von einer weisen Handelspolitik, die alle Fesseln des Zunftwesens schon längst gesprengt hatte, geleitet, von zweckmäßigen Anstalten gefördert, zum Welthandel, und die Stadt behauptete ihre Reichsfreiheit, welche nach vielfältigen Streitigkeiten von Dänemark in dem gottorper Vertrage 1768 anerkannt wurde [5]). Die Auflösung des teutschen Reiches (1806) gab Hamburg eine Staatsselbstständigkeit, durch welche es vollends der Willkür des französischen Kaisers preisgegeben war. Im J. 1811, den 20. August, wurde Hamburg dem französischen Kaiserstaate einverleibt, als Hauptstadt des Departements der Elbmündung. Es wurde Stadt und Gebiet in französischer Weise organisirt und französisches Recht galt hier nun (mit einer kurzen Unterbrechung, vom 31. März bis zum 30. Mai 1813, in welcher Zeit die Stadt sich der selbst erkämpften Freiheit erfreute, wo-

---

3) In dem Statute von 1270, I. 4. heißt es: Id ne scal nen ridder wonen bynnen desseme wicbilde, dat hebben de wittig heften ghelovet unn gewilkort by ereme ede. S. über diese Bestimmung: Westphalen, Hamburgs Verfassung Bd. 1, S. 336. Dieses ist in allen folgenden und auch in dem Statute von 1603, I. 2, 1 wiederholt: Es soll kein Ritter oder rittermäßige Person in dieser Stadt oder Weichbild wohnen. Vgl. auch Anderson, Hamb. Privatrecht Bd. 2, S. 418.

4) Lappenberg's treffliches Programm der dritten Säcularfeier der bürgerschaftlichen Verfassung Hamburgs am 29. Sept. 1828, Fol.

5) Nachrichten von dem rechtlichen Zustande der Reichsfreiheit und Immediatät der Stadt Hamburg in Faber's Staatscanzelei Bd. 67, S. 288—310, Bd. 68, S. 233—454.

für sie nachmals so hart hat büßen müssen) bis zum 27. Mai 1814. Durch den siegreichen Kampf der Völker und den Willen der alliirten Mächte erhielt Hamburg seine Freiheit und Selbstständigkeit wieder. Der Senat reconstituirte sich und vereinigte sich mit der Bürgerschaft zur Wiederaufnahme der freien und selbstständigen Verfassung Hamburgs; die wesentliche ältere Grundverfassung der Stadt wurde als wiederhergestellt erklärt, jedoch mit Vorbehalt derjenigen Modificationen, Veränderungen und Verbesserungen in Ansehung der einzelnen Zweige der öffentlichen Einrichtungen, welche theils als Folgen der erlittenen Gewalt, theils als früher bereits empfundenes Bedürfniß, besonders in Hinsicht des öffentlichen Finanzwesens, zu treffen, verfassungsmäßig würden gut befunden werden. Die in Hamburg und dessen Gebiete vor der französischen Besitznahme giltig gewesenen Gesetze, als Civil-, Criminal- und sonstigen Gesetze, Rechte und rechtliche Gewohnheiten und Verfügungen wurden wieder in Kraft gesetzt und die Giltigkeit der 5 französischen Gesetzbücher aufgehoben. — Hamburg nahm nun auch an dem Congresse zu Wien und den daselbst gepflogenen Verhandlungen über die politische Gestaltung Teutschlands Theil und unterzeichnete am 8. Juni 1815, als eine der mit contrahirenden freien Städte Teutschlands, die teutsche Bundesacte. — Es nimmt im engeren Rathe der Bundesversammlung an der 17., den vier freien Städten zustehenden Curiatstimme Theil.

II. Quellen des Hamburgischen Rechtes. Unter den eigenthümlichen, allgemeineren Quellen, von welchen hier nur die Rede sein kann, sind zunächst zu erwähnen:

1) Die Statuten[6]. Die vorzugsweise Quelle für das Privat-, Handels-, besonders Seerecht und Strafrecht, enthalten aber auch einige auf die Verfassung sich beziehende Bestimmungen. Das Hamburgische Stadtrecht von 1270 zeichnet sich vor ähnlichen Rechtsquellen jener Zeit durch Reichthum des Inhaltes und systematische Anordnung aus. Eine nicht geringe Zahl Artikel sind aus dem Sachsenspiegel entlehnt; eine sichtbare Verwandtschaft mit Aufzeichnung des lübischen Rechtes tritt nirgends hervor. Einige wenige Abänderung und Zusätze erhielt das Statut im J. 1276. Umgearbeitet wurde es, aber wie es scheint ohne Benutzung irgend fremder, sei es teutscher und recipirter Rechtsquellen, im J. 1292 und 1497[7]. Auch in der letzten Bearbeitung, die sich

---

6) M. Richey, Historia Statutorum Hamburgensium a. 1738.; abgedruckt im Thesaurus iuris prov. et statut. (Gießen 1756.) Vol. I. p. 1—128. — Auch Schuback, diss. epist. de origine Statut. Hamb. non susatensi. Gött. 1749.; abgedruckt im Thesaurus iuris prov. et statut. I. p. 425 sq.

7) Alle diese älteren Statuten sind bisher am besten gedruckt in Anderson, Hamburgisches Privatrecht (Hamb. 1782—1792), 5 Bde., dessen ersten Band sie füllen. Das Statut v. 1270 in Westphalen, Monum. Ambr. IV. p. 2084.; das von 1497 im Thes. iuris prov. et stat. I. p. 633. — Von einer neuen kritischen, durch Lappenberg und Baumeister besorgten Ausgabe der älteren Rechtsquellen und der t. Hamburgischen Rechtsalterthümer war der erste, die älteren Stadtrechte enthaltende Band bereits vor dem Brande

in ihrem Charakter noch gar nicht von der früheren unterscheidet, findet sich außer einer Bestimmung über die Verjährung noch keine Spur der Einwirkung des römischen Rechtes. Da das Eindringen des letzteren eine durchgängige Revision fühlbar machte, wie dieses bereits in den Recessen von 1529 und 1548 ausgesprochen ist, so kam eine solche 1603 zu Stande. Der Rath war dabei von der Bürgerschaft zu so rascher Eile getrieben worden, daß er sich, schon ehe das neue Statut in Druck gegeben wurde, gedrungen sah, auf eine Revision desselben anzutragen. Diese erfolgte denn auch im Laufe des J. 1604 und 1605. Die Vorrede zu dieser Revision hat aber das alte Datum, 10. Oct. 1603, beibehalten. Es ist dieses das jetzt geltende Stadtrecht, denn eine weitere Umarbeitung ist nicht erfolgt, wiewohl in dem Bürgerconvente vom 10. Mai 1627 eine solche beschlossen und als längst vor nütz und nöthig befunden bezeichnet worden war. Die Quellen, welche bei Bearbeitung der Statuten von 1605 benutzt worden sind, sind außer den älteren Städterechten und Recessen, besonders die Nürnberger Reformation von 1564, das revidirte lübische Recht, die sächsischen Constitutionen von 1572 und das römische corpus iuris [8]). Gedruckt sind diese neueren Statuten unter dem Titel: „Der Stadt Hamburg Gerichtsordnung und Statute" 1605 (bei Frobeni), 1681—83 (bei Volkers) mit sinnentstellenden Druckfehlern, correcter 1771 (bei Königs Erben), und am besten auf Veranlassung des Vereines für Hamburgische Geschichte, mit Auszügen aus den Commentaren. Hamburg 1842. 4.

2) Recesse, Rath- und Bürgerschlüsse. Beide Ausdrücke sind eigentlich gleichbedeutend; der erstere ist in neuerer Zeit außer Uebung gekommen. Es sind Gesetze, im Gegensatze zu bloßen Verordnungen, welche nur durch einen gemeinschaftlichen Beschluß von Rath und Bürgerschaft zu Stande kommen können. Im engeren Sinne versteht man unter Recesse aber Rath- und Bürgerschlüsse, welche unter Beidrückung des großen Stadtsiegels feierlich ausgefertigt worden sind; es geschah dieses früher besonders bei solchen Beschlüssen, die nach langen Streitigkeiten gleichsam als Friedensschlüsse zwischen Rath und Bürgerschaft zu Stande kamen und daher auch besonders Verfassungsbestimmungen enthalten. Die Recesse sind daher vorzugsweise Quellen für das öffentliche Recht, wie die Statuten insbesondere für das Privatrecht. Der älteste erhaltene Receß ist von 1410; die wichtigsten sind die oben bereits erwähnten vier Grundgesetze: der Hauptreceß der Stadt Hamburg, in einer Reihe von Rath- und Bürgerschlüssen vom 11. August bis 13. Oct. 1712 genehmigt und am 15. Oct. beiderseitig unterzeichnet; ferner

---

gedruckt. Hilfsmittel zum Verständnisse M. Richey, Idioticon Hamburgense. Hamb. 1755., auch im angef. Thesaurus I. p. 129—424.

8) Eine genaue Angabe der Quelle, woraus jeder Artikel, so weit es ermittelt ist, entnommen, findet sich in J. K. Gries, Commentar zum Hamburgischen Stadtrechte von 1603, herausgegeben von N. A. Westphalen (Hamb. 1827), 2 Bde., II. S. 363 flg., und genauer noch in der Einleitung zur neuen Ausgabe des Stadtrechtes S. XXXIX flg.

das Reglement der Hamburgischen Rath- und Bürgerconvente vom 22. Sept. 1712, so wie der Unionsreceß der bürgerlichen Collegien, welche beide letzteren Anlagen des Hauptrecesses bilden; endlich der bereits 1694 vom Senate revidirte, vom Kaiser am 7. Sept. 1710 confirmirte Unionsreceß des Senates, welcher von der kaiserlichen Commission unter dem Titel neuer Hamburgischer Unionsreceß am 17. Nov. 1710 publicirt wurde. Durch diese Grundgesetze sind aber keineswegs alle früheren Recesse ihrem ganzen Inhalte nach antiquirt worden; sie haben vielmehr ihre Giltigkeit nur so weit verloren, als sie mit den Principien der Grundgesetze unvereinbar, oder durch spätere Bestimmungen aufgehoben worden sind. Die wichtigeren jener älteren Recesse sind die von 1458, 1483, besonders von 1529, 1548, 1562, 1579, 1582, 1603, 1618, 1633, 1657, 1663, 1764 (der windisch-grätzische)[9]). Eine Uebersicht über die Rath- und Bürgerschlüsse gewähren: (Wygand) Nucleus recessuum et conventuum Hamburgensium (v. 1410—1704). Alton. 1705. fol. Es ist dieses Buch alphabetisch nach dem Inhalte der Recesse geordnet. Rühl, Hamburger Rath- und Bürgerschlüsse vom J. 1700—1800. Hamb. 1803. Fol. Lohmann, Hamb. Rath- und Bürgerschlüsse von 1801—1840, 5 Bde., 4.

3) Burspracken (von Bür: incola). Man versteht darunter eine Sammlung alter und neuer, von Rath und Bürgerschaft beliebter, großentheils Polizeisachen betreffender Gesetze, welche jährlich zu bestimmten Zeiten und mit besonderen Feierlichkeiten vom Rathhause öffentlich verlesen wurden. Es hatte sich dieser Gebrauch in Hamburg bis zum Umsturz der Verfassung im J. 1810 erhalten, ist dann aber nicht wieder erneut worden. Zwei solcher Bursprachen, welche nach und nach ergänzt wurden, sind abgedruckt in Lünig, Reichsarchiv P. spec. Cont. IV. p. 1032—1049 und 1049—1080[10]).

4) Endlich sind auch noch zu erwähnen die Publicationen des Senates; theils Verordnungen desselben, theils officielle Bekanntmachungen der Rath- und Bürgerschlüsse. Sie finden sich in (Blanc) Sammlung der von E. hochedlen Rath der Stadt Hamburg sowohl zur Handhabung der Gesetze und Verfassungen, als bei besonderen Ereignissen von Anfang des 17. Jahrh. ausgegebenen Mandate, bestimmte Befehle und Bescheide u. s. w., 6 Thle., 1762—1773, 6 Bde., 8. Anderson's Sammlung Hamb. Verordnungen von 1774—1810, 8 Bde., 8.

---

9) Lünig, teutsches Reichsarchiv Pars spec. Cont. IV. p. 921—1247. L. v. Heß, unwiderruflich Fundamentalgesetz, Regierungsform oder Hauptreceß der Stadt Hamburg; mit einer Einleitung. 1782. 8. Bes. aber (Bartels) neuer Abdruck der vier Hauptgrundgesetze der Hamb. Verfassung, mit vorausgeschickter erläuternder Uebersicht. Hamb. 1823. Nachtrag zum neuen Abdrucke der vier Hauptgrundgesetze, betreffend 1) die älteren Recesse, 2) die Buhrsprache und 3) Zusätze zu der den vier Hauptgrundges. vorausgeschickten erläuternden Uebersicht. 1825. 8. Supplementband zum neuen Abdrucke u. s. w. und dessen Nachtrage. 1825. 8.

10) Im Auszuge in Bartel's angef. Nachtrage zu den Hamb. Grundgesetzen S. 245—266.

Fortgesetzt von Lappenberg von 1813—1839, 15 Bde., 8. — Auswahl giltiger Verordnungen von 1774—1810, 2 Bde., 1831. Eine Menge von Gesetzen über Gegenstände des öffentlichen Rechtes, besonders der wichtigsten Verwaltungszweige, aber auch des Privatrechtes, z. B. Wechsel-, Fallitenordnungen, sind abgedruckt und in einer freilich wenig genügenden historisch-dogmatischen Weise erläutert, in einer theils alphabetisch, theils systematischen Ordnung in: (Klefekers) Hamburgische Gesetze und Verfassungen in bürgerlichen und kirchlichen, auch Cameral-, Handlungs- und übrigen Polizeiangelegenheiten und Geschäften, sammt historischen Einleitungen, 12 Bde., 1765—1773, nebst einem Registerbande, 1774, 8.

III. Die Verfassung[11]). Der Hauptreceß hat mit einer Bestimmtheit, wie es namentlich früher selten der Fall war, den höchsten Grundsatz, worauf die Verfassung Hamburgs beruht, ausgesprochen, nämlich daß τὸ κύριον, oder das höchste Recht und Gewalt bei dem Rathe und der erbgesessenen Bürgerschaft in separabili nexu et coniunctim und zusammen, nicht aber einem Theile privative bestehe. Durch dieses ewige, unwiderrufliche, unabänderliche Fundamentalgesetz sollte dem Streite zwischen Rath und Bürgerschaft, deren jedes die Souveränetät allein für sich in Anspruch genommen hatte, ein Ende gemacht werden. Diese staatsrechtlich höchst merkwürdige Bestimmung zeigt, wie auch eine Republik nicht nothwendig auf Volkssouveränetät beruhen müsse, und daß allerdings mehrere Personen zusammen, ohne eigentliche Theilung der Gewalten, Inhaber der höchsten Gewalt sein können. Es ergibt sich daraus aber auch, daß die erbgesessene Bürgerschaft eine ganz andere Stellung einnimmt, als sie den Landständen in den monarchischen Staaten Teutschlands zukommt[12]).

1) Der Rath ist mithin nicht Souverän, sondern nur Mitinhaber der Staatsgewalt, und zugleich oberste Regierungsbehörde, in welcher Eigenschaft er den Staat auch zu repräsentiren hat, so wie ihm die Ausübung mancher Hoheitsrechte verfassungsmäßig überlassen ist. Die Befugnisse des Senates ergeben sich daher nur aus einer Aufzählung der ihm als Mitinhaber der

11) Das Hauptwerk: N. A. Westphalen, Hamburgs Verfassung und Verwaltung in ihrer allmähligen Entwickelung bis auf die neueste Zeit (Hamburg 1841), 2 Bde., 8. Eine weitere Ausführung und Umarbeitung von des Verfassers: Versuch einer geordn. Zusammenstellung über sämmtl. Hamb. Verfassungsbehörden. Hamb. 1828. — Bartels, Abhandlungen über Gegenstände der Hamb. Verfassung. 1834. Ferner G. Buek, Handbuch der Hamb. Verfassung und Verwaltung. Hamb. 1828. Die oben angef. Beschreibung Hamburgs von v. Heß. C. de Villers, constitutions des trois villes libres anseatiques. Lips. 1814. Alex. Müller, Einleitung zum Studium der Verfassungsgesch. der vier freien Städte. Hamb. 1826. C. F. Wurm, Verfassungsskizzen der freien Hansestädte Lübeck, Bremen und Hamburg. Hamb. 1841.

12) S. darüber die zweite in den angef. Abhandlungen von Bartels und Wurm, krit. Uebersicht über die öffentl. Verhältnisse Teutschlands seit 1832 (Leipz. 1835), S. 882.

Staatsgewalt eingeräumten Rechte, so wie aus einer Darlegung des Antheiles des Rathes in seiner Gesammtheit oder durch einzelne Mitglieder an den verschiedenen Verwaltungszweigen. Dieses letztere kann sich daher nur aus einer weiterhin zu gebenden Uebersicht über die Hamburgische Staatsverwaltung hervorstellen. Eine Aufzählung jener Rechte enthält der 5. Art. des Hauptrecesses unter der Reservation, daß die Regalien der ganzen Stadt zustehen, der Rath nichts privative, sondern Alles nur mit der erbgesessenen Bürgerschaft cumulative oder gemeinschaftlich besitze, so daß dem Rathe nur das Exercitium respective die Abnützung und der Genuß der früher gesetzlich und herkömmlich ihm zustehenden und von neuem bestätigten Gerechtsame verbleiben. Wir heben hier als das Vorzüglichste hervor: Dem Rathe allein steht das Recht zu, die Bürgerschaft zusammenzurufen und zu entlassen, welches aber nach anderweitigen Bestimmungen alle Quartale, sofern es der Senat nicht benebst den ehrb. Oberalten für unnöthig erachten sollte, geschehen soll, und so oft es dem Senate erforderlich scheint, in der Regel jedoch mit Zustimmung der Oberalten oder der übrigen bürgerlichen Collegien, geschehen kann[13]). Der Senat allein hat die Initiative bei allen Sachen, worüber die Bürgerschaft einen Schluß fassen soll[14]). Alle Ausfertigungen und Publicationen geschehen durch ihn; er hat die Siegel der Stadt, so wie die Schlüssel derselben in seinen Händen sind, desgleichen steht das Stadtarchiv unter seiner unmittelbaren Aufsicht. Ihm steht ausschließlich (so fern er sich dieses Vorrechtes nicht in neuester Zeit begeben) die Ausübung der Jurisdiction sowohl in streitigen als nicht streitigen Rechtssachen zu; er allein übt das Begnadigungsrecht in Criminalsachen; ertheilt Dispensationen in Ehesachen; ihm werden alle öffentlichen Rechnungen abgelegt; von ihm werden Alle, die der Stadt oder dem Rathe Specialeide leisten, in Eid genommen; er beruft und installirt sämmtliche lutherische Geistliche, nachdem sie von der competenten Behörde gewählt und von ihm bestätigt worden sind; ihm gebührt ausschließliche Leitung aller auswärtigen Angelegenheiten, er hat das Recht Gesandte zu ernennen und zu deputiren, er empfängt die fremden Gesandten und repräsentirt den Staat bei Solemnitäten u. s. w.

Das Rathscollegium besteht aus 4 Bürgermeistern und 24 Rathsherren. Zum Rathe gehören ferner noch 4 Syndici und Secretarien, welche de senatu, aber nicht in senatu sind. Von den Bürgermeistern müssen drei Graduirte (d. h. Licentiaten oder Doctoren der Rechte), der vierte ein Kaufmann sein, welcher des Handels wohl kundig und erfahren. Das Präsidium wechselt jährlich unter den graduirten Bürgermeistern. Von Rathsherren sollen 11 Graduirte, 13 aus der Bürgerschaft sein und unter diesen aber stets einige, welche des Kauf- und Seehandels wohl kundig sind; seit langer Zeit sind aber überhaupt nur Kaufleute gewählt worden. Der Rath ergänzt sich selbst, wie es schon im 13. Jahrh. nach dem Stadtrechte von 1270 der Fall war, in-

13) Westphalen a. a. O. I. S. 120—127.
14) Westphalen a. a. O. I. S. 129.

Fortgesetzt von Lappenberg von 1813—1839, 15 Bde., 8. — Auswahl giltiger Verordnungen von 1774—1810, 2 Bde., 1831. Eine Menge von Gesetzen über Gegenstände des öffentlichen Rechtes, besonders der wichtigsten Verwaltungszweige, aber auch des Privatrechtes, z. B. Wechsel-, Fallitenordnungen, sind abgedruckt und in einer freilich wenig genügenden historisch-dogmatischen Weise erläutert, in einer theils alphabetisch, theils systematischen Ordnung in: (Klefekers) Hamburgische Gesetze und Verfassungen in bürgerlichen und kirchlichen, auch Cameral-, Handlungs- und übrigen Polizeiangelegenheiten und Geschäften, sammt historischen Einleitungen, 12 Bde., 1765—1773, nebst einem Registerbande, 1774, 8.

III. Die Verfassung[11]). Der Hauptrecess hat mit einer Bestimmtheit, wie es namentlich früher selten der Fall war, den höchsten Grundsatz, worauf die Verfassung Hamburgs beruht, ausgesprochen, nämlich daß τὸ κύριον, oder das höchste Recht und Gewalt bei dem Rathe und der erbgesessenen Bürgerschaft in separabili nexu et coniunctim und zusammen, nicht aber einem Theile privative bestehe. Durch dieses ewige, unwiderrufliche, unabänderliche Fundamentalgesetz sollte dem Streite zwischen Rath und Bürgerschaft, deren jedes die Souveränetät allein für sich in Anspruch genommen hatte, ein Ende gemacht werden. Diese staatsrechtlich höchst merkwürdige Bestimmung zeigt, wie auch eine Republik nicht nothwendig auf Volkssouveränetät beruhen müsse, und daß allerdings mehrere Personen zusammen, ohne eigentliche Theilung der Gewalten, Inhaber der höchsten Gewalt sein können. Es ergibt sich daraus aber auch, daß die erbgesessene Bürgerschaft eine ganz andere Stellung einnimmt, als sie den Landständen in den monarchischen Staaten Teutschlands zukommt[12]).

1) Der Rath ist mithin nicht Souverän, sondern nur Mitinhaber der Staatsgewalt, und zugleich oberste Regierungsbehörde, in welcher Eigenschaft er den Staat auch zu repräsentiren hat, so wie ihm die Ausübung mancher Hoheitsrechte verfassungsmäßig überlassen ist. Die Befugnisse des Senates ergeben sich daher nur aus einer Aufzählung der ihm als Mitinhaber der

---

11) Das Hauptwerk: N. A. Westphalen, Hamburgs Verfassung und Verwaltung in ihrer allmähligen Entwickelung bis auf die neueste Zeit (Hamburg 1841), 2 Bde., 8. Eine weitere Ausführung und Umarbeitung von des Verfassers: Versuch einer geordn. Zusammenstellung über sämmtl. Hamb. Verfassungsbehörden. Hamb. 1828. — Bartels, Abhandlungen über Gegenstände der Hamb. Verfassung. 1834. Ferner G. Buek, Handbuch der Hamb. Verfassung und Verwaltung. Hamb. 1828. Die oben angef. Beschreibung Hamburgs von v. Heß. C. de Villers, constitutions des trois villes libres anseatiques. Lips. 1814. Alex. Müller, Einleitung zum Studium der Verfassungsgesch. der vier freien Städte. Hamb. 1826. C. F. Wurm, Verfassungsskizzen der freien Hansestädte Lübeck, Bremen und Hamburg. Hamb. 1841.

12) S. darüber die zweite in den angef. Abhandlungen von Bartels und Wurm, krit. Uebersicht über die öffentl. Verhältnisse Teutschlands seit 1832 (Leipz. 1835), S. 882.

Staatsgewalt eingeräumten Rechte, so wie aus einer Darlegung des Antheiles des Rathes in seiner Gesammtheit oder durch einzelne Mitglieder an den verschiedenen Verwaltungszweigen. Dieses letztere kann sich daher nur aus einer weiterhin zu gebenden Uebersicht über die Hamburgische Staatsverwaltung hervorstellen. Eine Aufzählung jener Rechte enthält der 5. Art. des Hauptrecesses unter der Reservation, daß die Regalien der ganzen Stadt zustehen, der Rath nichts privative, sondern Alles nur mit der erbgesessenen Bürgerschaft cumulative oder gemeinschaftlich besitze, so daß dem Rathe nur das Exercitium respective die Abnützung und der Genuß der früher gesetzlich und herkömmlich ihm zustehenden und von neuem bestätigten Gerechtsame verbleiben. Wir heben hier als das Vorzüglichste hervor: Dem Rathe allein steht das Recht zu, die Bürgerschaft zusammenzurufen und zu entlassen, welches aber nach anderweitigen Bestimmungen alle Quartale, sofern es der Senat nicht benebst den ehrb. Oberalten für unnöthig erachten sollte, geschehen soll, und so oft es dem Senate erforderlich scheint, in der Regel jedoch mit Zustimmung der Oberalten oder der übrigen bürgerlichen Collegien, geschehen kann[13]). Der Senat allein hat die Initiative bei allen Sachen, worüber die Bürgerschaft einen Schluß fassen soll[14]). Alle Ausfertigungen und Publicationen geschehen durch ihn; er hat die Siegel der Stadt, so wie die Schlüssel derselben in seinen Händen sind, desgleichen steht das Stadtarchiv unter seiner unmittelbaren Aufsicht. Ihm steht ausschließlich (so fern er sich dieses Vorrechtes nicht in neuester Zeit begeben) die Ausübung der Jurisdiction sowohl in streitigen als nicht streitigen Rechtssachen zu; er allein übt das Begnadigungsrecht in Criminalsachen; ertheilt Dispensationen in Ehesachen; ihm werden alle öffentlichen Rechnungen abgelegt; von ihm werden Alle, die der Stadt oder dem Rathe Specialeide leisten, in Eid genommen; er beruft und installirt sämmtliche lutherische Geistliche, nachdem sie von der competenten Behörde gewählt und von ihm bestätigt worden sind; ihm gebührt ausschließliche Leitung aller auswärtigen Angelegenheiten, er hat das Recht Gesandte zu ernennen und zu deputiren, er empfängt die fremden Gesandten und repräsentirt den Staat bei Solemnitäten u. s. w.

Das Rathscollegium besteht aus 4 Bürgermeistern und 24 Rathsherren. Zum Rathe gehören ferner noch 4 Syndici und Secretarien, welche de senatu, aber nicht in senatu sind. Von den Bürgermeistern müssen drei Graduirte (d. h. Licentiaten oder Doctoren der Rechte), der vierte ein Kaufmann sein, welcher des Handels wohl kundig und erfahren. Das Präsidium wechselt jährlich unter den graduirten Bürgermeistern. Von Rathsherren sollen 11 Graduirte, 13 aus der Bürgerschaft sein und unter diesen aber stets einige, welche des Kauf- und Seehandels wohl-kundig sind; seit langer Zeit sind aber überhaupt nur Kaufleute gewählt worden. Der Rath ergänzt sich selbst, wie es schon im 13. Jahrh. nach dem Stadtrechte von 1270 der Fall war, in-

13) Westphalen a. a. O. I. S. 120—127.
14) Westphalen a. a. O. I. S. 129.

deß später angefochten wurde. Bei allen Wahlen soll mit allem Fleiße dahin getrachtet werden, daß zu allen vacirenden Stellen gottesfürchtige und redliche Leute, die dem Geize fremd und der Stadt Zustandes, Rechten und Privilegien erfahren sind — erhoben werden. Der zu Wählende muß Bürger sein und in der Stadt wohnen, doch ist nicht erforderlich, daß er Grundeigenthum besitze (erbgesessen sei); er darf nicht unter 30 Jahre alt sein, nicht in anderem Fürsten- und Herrendienste stehen und nicht mit noch derzeitigen Bürgermeistern und Rathsherren zu nahe verwandt sein[15]). Nicht mehr ist erforderlich, daß der zu Wählende, wie es früher bei allen Ehrenämtern der Fall war, zur lutherischen Kirche gehöre; denn durch die Rath- und Bürgerschlüsse vom 20. Oct. 1814 und 16. Dec. 1819 haben, wie es auch die Bundesverfassung erfordert, alle christliche Religionsverwandte gleiche Rechte erhalten. Es gilt das oben Gesagte sowohl von der Wahl zum Bürgermeister, als zum Rathsherrn; die Bürgermeister sollen aber vorzugsweise aus den Mitgliedern des Rathes, den Senatoren, Syndicis, Secretarien genommen werden, doch kann auch ein Bürger außerhalb des Rathes, wenn er mehr geeigenschaftet erscheint — was wohl nicht leicht geschehen wird — gewählt werden. Auch der Wahlmodus ist derselbe: aus den gegenwärtigen Rathsgliedern werden bei einer Bürgermeisterwahl drei, bei einer Rathsherrenwahl vier Vorschlagsherren ernannt, deren jeder einen Candidaten vorzuschlagen hat, über deren Wählbarkeit abgestimmt wird; es entscheidet dann wieder das Loos unter den drei oder vier als zulässig erkannten Vorgeschlagenen[16]). Bei Verlust (des Bürgerrechtes und) der Stadtwohnung kann Niemand, der zum Bürgermeister oder Rathsherrn gewählt, die Annahme verweigern[17]). Es ist dieses aber nur eine Anwendung eines nicht republikanischen Grundsatzes, der eben so bei den meisten anderen selbst unentgeltlich zu verwaltenden bürgerlichen Officien gilt[18]). Bis zum 17. Jahrh. genossen die Rathsglieder als Entgeltung nur Abgabenfreiheit und einige andere Emolumente; 1603 wurde erst ein Honorar bestimmt und dieses verschiedentlich erhöht, so daß z. B. das des ältesten Bürgermeisters von 1200 Mark lübisch allmälig bis zu 13,000 Mark Bco. gestiegen ist[19]). — Die Wahl der Syndici und Secretarien steht ausschließlich dem Rathe zu. Sie müssen Graduirte und Bürgerssöhne sein. Zu diesen Stellen meldet man sich, und es kann also von einer Pflicht zur Annahme nicht die Rede sein[20]). Die Syndici haben nur ein votum consultativum, aber den Rang vor den Rathsherren[21]). Von den Secretarien ist der

---

15) Ausführlicher dieses Alles im Art. 1—14 des Wahlrecesses vom 11. Dec. 1663 (s. Nachtrag zu dem Abdrucke der vier Hauptgrundgesetze S. 162 flg.), welcher im Hauptrecesse von 1712, Art. 6, bestätigt worden.

16) Das Nähere im vorgen. Wahlrecesse Art. 16—20 und Hauptreceß Art. 6. Der letzte enthält nur die Aenderung, daß bei Rathherrenwahlen 4 Vorschlagsherren ernannt werden sollen, statt der bis dahin üblichen drei.

17) Stadtrecht von 1603 I. 1, 6. Westphalen a. a. O. Bd. 1, S. 41.

18) Westphalen a. a. O. I. S. 19.

19) Westphalen a. a. O. S. 51—55.

20) Westphalen a. a. O. S. 49. Bueck a. a. O. S. 30.

21) S. darüber Westphalen a. a. O. I. S. 36.

älteste Protonotarius, einer bekleidet das Archivariat. — Der Rath übt die ihm zustehenden Befugnisse theils collegialisch, theils durch die Uebertragung gewisser Aemter und Verwaltungen an einzelne oder mehrere seiner Mitglieder, die dann allein oder mit anderen Personen aus den bürgerlichen Collegien oder der Bürgerschaft Verwaltungsdeputationen bilden. Davon weiterhin.

2) Das zweite Subject der höchsten Gewalt ist, wie zuvor erwähnt worden, die erbgesessene Bürgerschaft. Zur Theilnahme daran wird 1) Bürgerrecht und 2) Erbgesessenheit erfordert. Es soll zunächst von Bürgerrecht die Rede sein. Es wird dasselbe durch Aufnahme in den Bürgerverband, gegen Erlegung gewisser Gebühren und Leistung des Bürgereides, welcher in der Rathsstube von den beiden präsidirenden Bürgermeistern abgenommen wird, erworben[22]). Die Annahme zu Bürgern gehörte seit frühester Zeit zu den unbestrittenen obrigkeitlichen Prärogativen des Rathes und es besteht zu diesem Zwecke eine besondere Senatsdeputation[23]). Allgemeine Erfordernisse, um das Bürgerrecht erwerben zu können, sind christliche Religion und Mündigkeit (d. i. erreichtes 22. Jahr) oder erlangte venia aetatis. Der Aufzunehmende muß auch zuvor in das Bürgermilitär eingetreten sein, sofern er nicht davon entfreit ist. Ein Fremder, welcher Bürger werden will, muß unbescholtenen Lebenswandels sein und daher ein Attest darüber beibringen, daß der Polizei nichts bekannt sei, was seiner Aufnahme entgegenstehe; falls er aus einem teutschen Bundesstaate gebürtig ist, der Militärpflicht in demselben genügt haben, wie es der Art. 18 der Bundesacte erfordert, und endlich eine vorschriftsmäßige Sicherheit stellen, daß er während 5 Jahren mit den Seinigen keiner Hilfsanstalt zur Last fallen, noch mit Steuern rückständig bleiben werde. Es kann zwar auch Fremden, die zur Erwerbung des Bürgerrechtes qualificirt sind, dasselbe vom Senate verweigert werden, allein es liegt weit mehr in der jetzigen Politik, welche an die Stelle der mittelalterlichen Grundsätze, von welchen auch die Hansa sich leiten ließ, getreten ist, möglichst den Fremden Aufenthalt und Niederlassung zu erleichtern und sie zur Erwerbung des Bürgerrechtes zu bestimmen[24]). Es muß aber Bürger werden, wer ein bürgerliches Gewerbe betreiben, Grundeigenthum erwerben oder sich in der Stadt verheurathen, also einen bleibenden Wohnsitz nehmen und einen eigenen Heerd begründen will. Ausgenommen sind die Geistlichen, die Lehrer an öffentlichen Schulen, Militärpersonen, die Canzelisten und Nachtwächter, wohl weil theils die Natur ihres Amtes, theils ihre Abhängigkeit vom Senate nicht die volle Ausübung des Bürgerrechtes gestattet, und weil ihre Amtsverpflichtung oder ihr Diensteid den Bürgereid ersetzt[25]). Diese Personen sind also zur Ausübung der Rechte befähigt, zu welcher

---

22) Es ist dieses neuerdings näher bestimmt in der Verordnung über die Gewinnung, die Kosten und die Aufgebung des Bürgerrechtes vom 30. Dec. 1833, erneut auf 5 Jahre 20. Dec. 1838.

23) Westphalen a. a. O. Bd. 1, S. 335 flg.

24) Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 339.

25) Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 342.

erfordert werden) den 180gern seit dem 3. Oct. 1721 hinzugefügten 6 Adjungirten aus jedem Kirchspiele[32]). Alle übrigen Bürger werden aber in den Grundgesetzen zu fleißiger Besuchung der Convente erinnert, und sollen, so sich fleißig daselbst einfinden, zu Dignitäten für andere gezogen, die aber nimmer da erscheinen, zu keinen Ehrenämtern gezogen werden. Daß die Convocation der Bürgerschaft ein Recht des Senates ist, daß ihm allein die Initiative zustehe, ist oben bemerkt worden. An die erbgesessene Bürgerschaft, der in unzertrennlicher Gemeinschaft mit dem Rathe die höchste Gewalt zusteht, müssen aber gebracht werden: alle neu zu erlassende Gesetze, und was darunter mit begriffen, die Beliebung sowohl neuer, als die Prolongirung nur auf eine festgesetzte Zeit bewilligter Steuern, so wie alle öffentliche Angelegenheiten (Stadtsachen), die so erheblich sind, daß sie nach Ermessen des Rathes und der bürgerlichen Collegien nicht von diesen oder den Verwaltungsbehörden erledigt werden können[33]). Nur in zwei besonderen Ausnahmsfällen[34]) können Beschwerden in Rechtssachen an die Bürgerschaft gebracht werden, da die Jurisdiction verfassungsmäßig allein dem Rathe zusteht. Ferner gilt aber als unbedingte Regel, daß alle Sachen, ehe sie an die Bürgerschaft gelangen, zuvor durch die bürgerlichen Collegien, denen der Rath seine Propositionen mittheilt und ihre Erinnerung darüber vernimmt, gegangen sein müssen. In der Bürgerschaftsversammlung findet keine Art Berathung, sondern nur Abstimmung statt. Diese geschieht kirchspielsweise. Nachdem vom gesammten Rathe die Propositionen der versammelten Bürgerschaft feierlich übergeben worden[35]), tritt diese in die Kirchspiele, deren jedes seinen besonderen Saal hat, zusammen. In jedem Kirchspiele führt der älteste Oberalte das Directorium; die Propositionen des Senates werden mit den Beilagen u. s. w. verlesen; nach der Reihe gibt nun jeder sein, wenn er will motivirtes, Votum zu Protocoll; in jedem Kirchspiele entscheidet die Mehrheit der Stimmen. Es können aber der Annahme einer Proposition Wünsche oder Annexe, durch welche letzte die Zustimmung also nur bedingt ertheilt wird, hinzugefügt werden; diese Wünsche und Annexe können aber nicht über den Gegenstand der Proposition hinausgehen. Je nachdem die Mehrheit der Kirchspiele (also 3 von 5) sich für oder gegen einen Antrag erklärt, oder dieselben Annexe hinzufügt, ist dieser unbedingt oder bedingt angenommen oder verworfen. Es kann daher, da die Zahl der Stimmenden in den einzelnen Kirchspielen ungleich

---

32) S. angef. Reglement Tit. IV, Art. 7, und Rath- und Bürgerconv. vom 1. Sept. 1710. Um dieses zu verstehen, muß man beachten, daß die Oberalten mit zu den Sechzigern, die Sechziger wiederum mit zu den Einhundertachtzigern — 180 also die Zahl sämmtlicher Bürgerschaftsrepräsentanten ist — gehören.

33) Ueber dieses Alles den Titel des angef. Reglementes, welche Sachen in die Bürgerschaft nicht mögen gebracht werden, und dazu Westphalen a. a. O. S. 99 flg.

34) S. über dieselben Westphalen a. a. O. Bd. 1, S. 104—120.

35) Ueber die Formalitäten s. Bueck, Handb. der Hamburgischen Verfassung und Verwaltung S. 48 flg.

ist, und vom Zufalle abhängt, ob mehr oder weniger erbgesessene Bürger sich eingefunden haben, sich wohl ereignen, daß die Minderzahl entscheidet. Durch Zustimmung der Bürgerschaft wird der Antrag des Rathes zu einem Rath- und Bürgerschlusse. Wird der Antrag bedingt angenommen, und will der Rath dann nicht beitreten oder wird er abgelehnt, so bleibt es nun dem Senate überlassen, ihn mit neuen Gründen unterstützt oder in veränderter Weise nach vorgängiger Verhandlung mit den bürgerlichen Collegien wieder an die Bürgerschaft zu bringen. Aber auch dem Falle, daß eine Uebereinstimmung zwischen Rath und erbgesessener Bürgerschaft nicht zu erzielen wäre, ist in den Grundgesetzen des Staates vorgesehen. In einem solchen Falle nämlich soll eine Deputation, halb aus Mitgliedern des Rathes, halb der Bürgerschaft bestehend, von höchstens 16 bis 20 Personen ernannt werden; in der Weise, daß die Mitglieder des Rathes blos durch Loos, die der Bürgerschaft aber durch Auslosung aus einer dreifachen Zahl Personen, welche die Bürgerschaft dazu erwählt hat, bestimmt werden. Diese Deputation soll nach geleistetem vorschriftsmäßigen Eide die streitige Sache nach Stimmenmehrheit in längstens 14 Tage völlig und unwiderruflich entscheiden, so daß ihr Ausspruch pro lege totius civitatis gehalten und exiquirt werden muß. Bei Stimmengleichheit wird aber aus der Deputation eine Subdeputation von fünf Mitgliedern durchs Loos erwählt, und was unter diesen die Mehreren entscheiden, soll der ganzen Sache mit eben der Kraft den finalen Ausschlag geben, als wäre ein conclusum unanime totius deputationis unwiderruflich gegeben[36]). Es ergibt sich daraus, daß dem, was die Anordnung des Bundesschiedsgerichtes bezweckt hat, schon durch die Staatsverfassung in einer viel weiteren Ausdehnung vorgesorgt ist[37]).

3) Zwischen dem Rathe und der Bürgerschaft stehen, als mandatarii perpetui der letzteren, die bürgerlichen Collegia. 1) Als das Auge der Stadt und des gemeinen Wesens sollen diese ein sonderliches Aufsehen dahin haben, daß alle der Stadt Verfassungen stets in Ehren vollführt und befolgt werden und daß niemand dagegen beschweret, dem Bedrängten aber geholfen werde; daher auch ein Recurs an die bürgerlichen Collegia, wo jemand bei den Behörden sein Recht nicht hat erlangen können oder von diesen selbst beeinträchtigt worden, ergriffen werden kann. 2) Mit ihnen müssen alle Sachen vorberathen werden, ehe sie an die Bürgerschaft gebracht werden, und es sollen bei dieser keine Sache vorgenommen noch angesprochen werden, welche nicht zuvor die Bürgerschaft passirt. 3) Mit ihnen sollen endlich, damit die Bürgerschaft nicht immer zusammenkommen dürfe, die Sachen von geringerer Importanz abgethan werden[38]). Es sind dieses aber: das Col-

36) Die Bestimmungen darüber: Reglement der Bürgerconvente Tit. VII, Art. 4—10. Vgl. Westphalen a. a. O. Bd. 1, S. 149—170.

37) S. Wurm, kritische Versuche über die öffentlichen Verhältnisse in Teutschland S. 384. — Und die Schrift: Ist eine analoge Anwendung des Bundesschiedsgerichtes auf Hamburg, so lange dessen Verfassung besteht, denkbar? Hamburg 1835. 8.

38) S. Westphalen a. a. O. S. 192—206.

legium der Oberalten, 3 aus jedem Kirchspiele und daher, seit Hinzukommen des Michaeliskirchspieles zu den 4 älteren im J. 1685, 15 an der Zahl; das Collegium der Sechziger und Einhundertachtziger. Durch diese Collegien, durch die oberwähnte Eintheilung der Stadt und Abstimmung nach Kirchspielen ist die politische Verfassung mit der kirchlichen aufs Engste verbunden. Die bürgerlichen Collegien sind die Vorstände der lutherischen Kirchen, daher die Mitglieder des Sechzigercollegium auch Diaconen, die des Hundertachtzigercollegium Subdiaconen genannt werden. Diese bürgerlichen Collegien sind zur Zeit der Einführung der Reformation entstanden. Den Kirchgeschworenen, deren schon im 13. und 14. Jahrhunderte als mitwirkend bei öffentlichen Angelegenheiten erscheinen, und welche im J. 1527, den 16. Aug. und 18. Dec., zu Vorstehern der Gotteskasten erwählt worden waren, wurde am 20. Juni 1528 die Vollmacht ertheilt, in jener höchst bewegten Zeit Alles, was zur Eintracht und Wohlfahrt der Stadt gereichen möchte, mit und bei dem ehrbaren Rathe zu fördern und in beständiger Weise zu handeln, und die Vollmacht wurde dann in Recessen der folgenden Jahre als eine immerwährende bestätigt und näher bestimmt[39]). Doch währte es noch längere Zeit, ehe diese Einrichtung eine dauernd practische Bedeutung und Wirksamkeit erhielt[40]). Jene Bevollmächtigten der Bürgerschaft waren aber aus jedem Kirchspiele 12 Vorstände, unter welchen je 3 Aelterleute oder Oberalte und 24 zugeordnete Bürger. Aus den 12 Vorständen ist nach Hinzukommen des fünften Kirchspieles das Sechzigercollegium entstanden, so wie seitdem die Vorstände und zugeordneten Bürger zusammen das Hundertachtzigercollegium bildeten. Im J. 1721 sind noch, wie oben bemerkt, 6 Adjuncten aus jedem Kirchspiele hinzugekommen. Das minder zahlreiche Collegium ist daher immer als ein Ausschuß des größeren zu betrachten. Das Oberaltencollegium ergänzt sich auch bei eingetretener Vacanz aus den Sechzigern durch eigene Wahl in Beisein zweier Rathspersonen (was bei den übrigen Wahlen nicht stattfindet); es soll aber keineswegs jedesmal der Aelteste, wie es mißbräuchlich üblich geworden und in neuester Zeit, wie bereits früher, zu großen Mißständen und heftigen Beschwerden Anlaß gegeben hat[41]), sondern der tüchtigste gewählt werden. Die Wahl der Sechziger oder Diaconen geschieht von dem Oberaltencollegium aus den gesammten Subdiaconen des Kirchspieles[42]), so wie die Diaconen das Hundertachtzigercollegium ergänzen, indem die sämmtlichen Diaconen des Kirchspieles, in welchem die Vacanz eingetreten, durch Stimmenmehrheit den unter den Bürgern ihres Kirchspieles, welchen sie für den Tüchtigsten halten,

39) Recess von 1529 Art. 128—182, von 1603 Art. 72—76.

40) Westphalen a. a. O. Bd. 1, S. 180 flg.

41) In dem Unionsrecesse der bürgerl. Collegien von 1712 Cap. 2, Art. 5, heißt es: Und weil an heutiges Tages aus der Oberalten und Diaconorum Wahl schier eine Succession werden wollen, als solches hinführo abgeschafft sein u. s. w.

42) Unionsrecess Cap. 2, Art. 7.

erwählen. Seitdem im J. 1721 aber die Adjuncten hinzugekommen, ist diese Wahlart auf diese übertragen und es rücken die Adjuncten nun der Reihe nach in das Hundertachtzigercollegium ein. Nur die Oberalten genießen eines Honorars, aber auch die Wahlen in die anderen Collegien müssen bei Verlust des Bürgerrechtes und der Stadtwohnung angenommen werden. Im J. 1617 ward den Collegien auch ein actuarius civium als Secretär — der seit 1652 stets ein Graduirter ist — beigegeben. Das Präsidium des Oberaltencollegium wechselt jährlich und wird durch freie Wahl des Collegium übertragen. Der Präsidirende beruft auch die regelmäßigen (zweimal wöchentlichen), so wie außerordentlichen Versammlungen. Die beiden anderen Collegien convocirt in der Regel der Rath.

IV. Auch in der Verwaltung theilen sich Rath und Bürgerschaft. Die oberste Leitung steht indeß allein dem Rathe zu[43]). Die verschiedenen Verwaltungszweige werden von Deputationen besorgt. Nur zu einzelnen derselben wird wohl ein Rathsmitglied, oder zwei — von denen das eine nur das andere im Verhinderungsfalle zu vertreten bestimmt ist — deputirt, für die meisten Verwaltungen bestehen zahlreiche Deputationen, die entweder blos aus dem Rathe, oder blos nur der Bürgerschaft entnommen werden, wie es insbesondere bei zweien der wichtigsten von allen, der Kämmerei und dem Commercium, der Fall ist, meistentheils aber in der Weise zusammengesetzt sind, daß zu denselben ein oder mehrere Herren des Rathes, eins oder ein paar Mitglieder des Oberaltencollegiums und mehrere aus der Kaufmannschaft gewählte Mitglieder gehören. Zuweilen müssen in einer Deputation auch einige Mitglieder anderer Deputationen sich befinden, namentlich der Kämmerei oder des Commerciums, meistentheils aber aus Mitgliedern des Rathes. Die bürgerlichen Mitglieder verwalten ihre Aemter als städtische Ehrenämter, deren Annahme nicht verweigert werden kann, unentgeltlich, in der Regel aber nur für einige Jahre, indem die meisten Deputationen nach einer gewissen, bei den einzelnen sehr verschieden bestimmten Zeit erneut oder ergänzt werden. Die Art der Wahl ist für die verschiedenen Deputationen sehr vielgestaltet und höchst künstlich und sorgfältig geordnet. Bald wählt zufolge Präsentation der Deputationen der Rath, oder die erbgesessene Bürgerschaft, bald ohne Präsentation die erbgesessene Bürgerschaft, das Sechzigercollegium, der ehrbare Kaufmann, bald ergänzen sich die Deputationen durch eigene Wahl. Alle Verwaltungsdeputationen stehen, mit Ausnahme der einander untergeordneten Gerichte, ohne alle Rangordnung in gegenseitiger Unabhängigkeit, und der Wirkungskreis, von dessen größeren oder geringeren Umfange allein die Bedeutung abhängt, ist einer jeden so bestimmt angewiesen, daß Collisionen ohne Ueberschreitung der gesetzlich angewiesenen Grenzen kaum möglich sind. Die collegialische Form ist in diesen Deputationen die vorherrschende. Die Art der Vertheilung der Geschäfte ist fast durchgängig dem Ermessen der einzelnen Deputationen überlassen; die Alleinherrschaft einzelner Mitglieder, wie sie früher bestand

---

43) Westphalen a. a. O. Bd. 1, S. 17 flg.

— indem nur der älteste Deputirte die eigentliche Verwaltung führte, ein engerer Ausschuß (das kleine Collegium) nur bei wichtigeren Verhandlungen zusammentrat, die ganze Deputation aber (das große Collegium) nur jährlich zur Rechnungsablage und Mitgliederwahl — ist bei allen seit 1814 neu errichteten Deputationen beseitigt. — Ein Beamtenwesen[44]), wie es in unseren monarchischen Staaten besteht, hat es in Hamburg früher eigentlich gar nicht gegeben und ist jetzt nur noch, so weit es für die Verhältnisse paßt, in der Ausbildung begriffen. Der Wirkungskreis der Beamten muß bei der beschriebenen Verwaltungseinrichtung ein enger bleiben, hat sich indeß in neuerer Zeit erweitert, indem z. B. die Justiz nicht wie früher mehr blos durch Herren des Rathes und Bürger, sondern dazu bestellte, im Staatsdienste stehende Richter verwaltet wird. Früher wurden alle Stadtdienste vom Rathe unentgeltlich verliehen oder meist verkauft oder verpachtet. Sie wurden mithin als einträgliche Gewerbe betrachtet, bei welchen es weniger auf eine wissenschaftliche Qualification ankam. Schon die Benennungen: Diener, Knechte, Voigte u. s. w. zeigen, daß sie ohne Unterschied als Subalterne betrachtet wurden, so wie ja Alle, die in des Rathes oder der Stadt Dienste stehen, von der erbgesessenen Bürgerschaft ausgeschlossen sind. Schon seit Anfange des Jahrhunderts etwa war der Aemterverkauf beschränkt und seit 1814 ist er durch die Reorganisationsdeputation beseitigt worden. Zwar ist als Princip angenommen, daß alle Stadtdienste nur auf sechsmonatliche Kündigung verliehen werden sollen, doch leidet dieses Ausnahmen z. B. bei den Richterstellen, und wird durch die Verhältnisse und die Praxis so gemildert, daß das Precaire einer solchen Stellung vielleicht nur zu sehr verschwindet. Factisch müßte Ansehen und Wirksamkeit mancher Aemter und dadurch des Beamtenwesens ein anderes werden, da nun viele ehemals als untergeordnet betrachtete Stadtdienste von Graduirten bekleidet werden, namentlich graduirte Actuarien bei den einzelnen Deputationen an die Stelle der früheren Schreiber u. s. w. getreten sind.

Indem wir uns zu einer Uebersicht der Organisation der verschiedenen Verwaltungsämter und der für das Verfahren derselben geltenden Normen wenden, wollen wir zunächst:

1) mit der Verwaltung der kirchlichen Angelegenheiten[45]) um so mehr beginnen, als Staatsverfassung und Kirchenwesen, wie wir oben über die Eintheilung der Bürgerschaft nach Kirchspielen und bei der Beschreibung der bürgerlichen Collegien gesehen haben, aufs engste zusammenhängen. Seit der Vollendung der Reformation im J. 1529[46]) bis zur französischen Occupation war die lutherische Kirche im vollsten Sinne die allein herrschende in Hamburg[47]). Durch Rath- und Bürgerschlüsse

44) S. Westphalen a. a. O. Bd. 1, S. 27.

45) Klefeker's ganzer achte Band beschäftigt sich mit dem Kirchenwesen. Bueck a. a. O. S. 79 flg. Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 150—186.

46) Krabbe, ecclesiae evangelicae Hamburgi instauratae historia. Hamb. 1840. 4.

47) Receß von 1529 Art. 59 und Receß von 1603 Art. 1, 35. Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 151.

vom 20. Oct. 1814 und vom 16. Dec. 1819 wurden, wie zuvor bemerkt, die Katholiken, Reformirten und Menoniten — welche bis zum J. 1785 nur unter mannichfachen Beschränkungen geduldet waren, und denen erst im genannten Jahre stille Religionsübung gestattet worden war — in ihren staatsbürgerlichen Rechten mit den Lutheranern gleichgestellt. Die Aufnahme und Zulassung christlicher Secten, welche sich aber von anderen recipirten Glaubensverwandten trennen würden, wurde von einer Untersuchung des Einflusses ihrer Lehren, ihrer Grundsätze und ihres Benehmens auf bürgerliches Verhältniß und Staatswohl abhängig gemacht[48]). Concessionirte nicht lutherische Gemeinden sind aber bisher: eine teutsch-reformirte, französisch-reformirte, englisch-bischöfliche, englisch-reformirte und römisch-katholische Gemeinde, welche letztere unmittelbar unter dem römischen Stuhle steht, der durch seinen vicarius apostolicus mit ihr communicirt. — Bei jener Gleichstellung wurde den genannten Glaubensverwandten ausdrücklich das Recht gegeben, an den Versammlungen der erbgesessenen Bürgerschaft Theil zu nehmen, die Befähigung zugesprochen, in den Rath und zu Verwaltungsdeputationen gewählt zu werden; aber von den bürgerlichen Collegien mußten sie, sofern die Verfassung dieser nicht selbst geändert wird, ausgeschlossen bleiben. Den Juden ist zufolge des noch geltenden Reglementes vom 10. Oct. 1712 die Uebung ihrer Religionsgebräuche in Privathäusern gestattet. Sämmtliche kirchliche Gemeinden sind hinsichtlich ihrer Constitution als solcher, und überall in Betreff ihrer Stellung dem Staate gegenüber, der höchsten Staatsgewalt, d. i. dem Rathe und der erbgesessenen Bürgerschaft, untergeben. Dem Rathe ist im Hauptrecesse das ius vocandi, ut et introducendi et ius installandi personas ecclesiasticas quascunque, das exercitium iurisdictionis ratione causarum et personarum ecclesiasticarum, und das ius dispensandi in Ehesachen zugesprochen[49]). Ehescheidungen entscheidet das Obergericht, d. i. eine Abtheilung des Rathes, in letzter Instanz. — Die Verwaltung der inneren, sowohl geistlichen als weltlichen Angelegenheiten der evangelisch-lutherischen Gemeinden ist von den übrigen christlichen nicht lutherischen Religionsverwandten durchaus getrennt. Für die kirchlichen Angelegenheiten der letzteren ist durch Rath- und Bürgerschluß vom 17. Dec. 1785 eine Deputation eingesetzt, aus einem Syndicus, einem Herrn des Rathes und zwei Mitgliedern des Sechzigercollegiums bestehend, welcher die Wahl ihrer Geistlichen, die ihnen selbst freisteht, angezeigt werden muß, welche die in einer jeden Congregation vorfallenden Zwistigkeiten, die nicht in das Polizei- und Justizwesen einschlagen, in erster Instanz, so daß noch eine Berufung an den Rath frei bleibt, nach eines jeden Theiles Religionssätzen und Gebräuchen zu entscheiden hat u. s. w.[50]). Die Direction

48) Reglement über die Verhältnisse der christl. Religionsverwandten vom 20. Oct. 1814 Art. 8.

49) Hauptreceß von 1712 Art. 5.

50) Mehreres über diese Gemeinden und deren Verfassung: Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 181 flg. Buek, Hamb. Verfassung und Verwaltung S. 94 flg.

sämmtlicher die Israeliten betreffenden Angelegenheiten gehört altherkömmlich zur Competenz des ältesten Weddeherrn. Von der Verfassung der lutherischen Kirchengemeinden muß etwas ausführlicher die Rede sein. Ihre erste Begründung erhielt sie durch die Bugenhagen'sche Kirchenordnung[51]), sanctionirt durch Receß von 1529, Art. 59, welche auch durch die vom Superintendenten Aepinus revidirte Kirchenordnung von 1556[52]) keineswegs ihre Giltigkeit verloren hat. Zur Abfassung einer neuen vollständigen Kirchen- und Schulordnung, wie sie zufolge Art. 24 des Hauptrecesses baldigst erfolgen sollte, ist es nicht gekommen. Die liturgischen Bestimmungen jener Kirchenordnungen sind durch einzelne Verordnungen und spätere Kirchenagenden, vom 1. Dec. 1699[53]) und Dec. 1788[54]), verdrängt worden. Die höchste Instanz in allen Angelegenheiten der evangelisch-lutherischen Kirche, „wenn die Sache nicht von der Importanz, daß der gesammten Bürgerschaft Approbation dazu erforderlich", bilden der Rath und das Collegium der Sechziger, als perpetui ecclesiae mandatarii, oder bezeichnender als mandatarii civium in Kirchensachen. Diesen steht als eigentlich geistlicher Behörde das Ministerium zur Seite. Es wird dasselbe aus allen Predigern der Stadt und der beiden Parochialkirchen der Vorstädte gebildet, und an seiner Spitze steht ein vom Rathe aus den 5 Hauptpredigern erwählter (jetzt immer der älteste) Senior. An jeder der 5 Hauptkirchen befinden sich aber ein Hauptpastor und drei Diaconen, von welchen der älteste den Namen Archidiaconus führt. Das Ministerium übt keinerlei Gewalt und Entscheidung über seine Glieder aus, sondern hat sich in vorkommenden Fällen an den Senat zu wenden. Die Geschäfte des Ministeriums als solchen sind nur collegialisch und beziehen sich auf die Lehre, das Predigen, die Administrirung der Sacramente. Für die weltlichen Angelegenheiten bestehen bei jeder der fünf Hauptkirchen besondere Behörden und Collegien, welche von den obigen bürgerlichen Collegien, wiewohl ein gewisser Zusammenhang zwischen beiden stattfindet, wohl zu unterscheiden sind. Die Diaconen nämlich und die Subdiaconen, welche in ihrer bürgerlichen Stellung die Collegien der Sechziger und Hundertachtziger bilden, nehmen nur insofern an der Kirchenverwaltung Theil, als aus ihnen die Juraten hervorgehen. Es sind deren je zwei, welchen die specielle weltliche Administration obliegt; sie werden aus sämmtlichen Diaconen und Subdiaconen des Kirchspieles von dem großen Kirchencollegium gewählt und bleiben zwei Jahre im Amte. Das große Kirchencollegium ist die Hauptbehörde, welcher die Erörterung und Erledigung wichtigerer Kirchenangelegenheiten obliegt und der insbesondre alljährlich die Rechnungen der kirchlichen Verwaltung abgelegt werden; es

51) Dieselbe in Klefecker, Sammlung Hamb. Gesetze Bd. 8, S. 84—226.
52) Dieselbe in Klefecker a. a. O. Bd. 8, S. 272—315.
53) Bei Klefecker a. a. O. Bd. 8, S. 462 flg.
54) Sammlung Hamb. Verordnungen, erste Sammlung Th. 2, S. 199—268. — Die Nachweisung der einzelnen späteren Verordnungen bei Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 157.

besteht dieses a) aus dem collegium juratorum, d. h. allen denjenigen, welche die Verwaltung der Kirche gehabt haben oder noch haben, und nicht etwa in den Rath gewählt oder aus besonderen Umständen von der Kirche abgetreten sind, b) den beiden Kirchspielsherren, wozu der Rath in der Regel die beiden ältesten im Kirchspiele eingepfarrten Rathsherren deputirt, welche zugleich das Organ der Mittheilung des Rathes an die Kirchen oder das Ministerium sind, und c) den etwa im Kirchspiele wohnenden Bürgermeistern, welche als Patrone das Präsidium haben, welches sonst der älteste Kirchspielsherr führt. Speciell verwaltende Behörde ist die Beede, welche aus den beiden Leichnamsgeschworenen und den beiden zur Zeit verwaltenden Juraten besteht. Die Leichnamsgeschworenen waren ursprünglich Vorsteher der in den einzelnen Kirchspielen bestehenden Brüderschaften des heil. Leichnams (auch Sacramentsbrüder genannt), welche die Ausschmückung des Hauptaltars und der inneren Kirche übernommen hatten, und es werden noch mit diesem Namen zwei aus den ältesten Kirchengeschworenen vom großen Kirchencollegium gewählte lebenslänglich im Amte bleibende Kirchenvorstände genannt, welche ebenfalls die Ausschmückung der Kirche aus der bei jeder Kirche dazu bestehenden Leichnamscasse zu besorgen haben. Diese aus genannten 4 Personen bestehende Beede bildet unter Hinzutritt der Kirchspielsherren und der etwaigen Patrone des Kirchspieles das kleine Kirchencollegium, auch die große Beede genannt, welches nur bei den Wahlen der Prediger und Kirchenbedienten thätig wird. Bei allen Predigerwahlen wird nämlich zunächst ein weiter Aufsatz von 8—12 Personen gemacht, aus diesem ein engerer Aufsatz von vier Personen gebildet, unter welchen dann die Wahl entscheidet. Den weiten Aufsatz macht bei der Wahl eines Pastors (Hauptpredigers) das große Kirchencollegium, bei einer Diaconatswahl die Beede, unter Hinzutritt des Hauptpredigers. Den engen Aufsatz formirt die Beede in Verbindung mit den Kirchspielsherren und den etwaigen Patronen der Kirche, und bei einer Pastorwahl unter Hinzutritt des Seniors, bei einer Diaconatswahl des Pastors der Kirche. Die Wahl geschieht durch das große Kirchencollegium, nebst den im Kirchspiele eingepfarrten Rathsgliedern und dem Senior oder Pastor. So bei den Wahlen für die städtischen Parochialkirchen; in sehr verschiedener Weise geschieht die für die übrigen Kirchen der Stadt, der Vorstädte und des Gebietes.

2) Die Ausübung der Jurisdiction steht verfassungsmäßig im weitesten Umfange dem Rathe zu[55]). Sie steht nicht nur unter seiner unmittelbaren Leitung, sondern wird auch großentheils von ihm selbst besorgt, wiewohl nicht mehr ganz in demselben Umfange als früher, seit mit Wiederherstellung der freien Verfassung Hamburgs auch eine Reorganisation der Justizbehörden erfolgte, durch welche neue ins Leben ge-

55) Ueber das Justizwesen: Klefeker a. a. O. Bd. 3, S. 363 flg. Buek a. a. O. S. 116—185. Westphalen a. a. O. Bd. 1, S. 207—320.

rufen und die früher vorhandenen wesentlich umgestaltet worden sind[56]). Eine Eigenthümlichkeit der Gerichtsverfassung Hamburgs ist, daß bei keinem Gerichte, das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht ausgenommen, die Rechtspflege ausschließlich in den Händen rechtsgelehrter Richter ist. Die jetzt bestehenden Justizgerichte sind als generelle Gerichte: die Niedergerichte, das Obergericht, das Oberappellationsgericht, als Gerichte mit beschränkter Competenz die Präturen, das Handelsgericht und das Aemtergericht.

Das Niedergericht ist hervorgegangen aus dem älteren Echteding, in welchem die Bürger — insofern sie zum Dinge zu kommen das Recht und die Pflicht hatten, Dingmannen genannt — ursprünglich unter Leitung des gräflichen Voigts die Urtheile fanden. Schon seit der zweiten Hälfte des 13. Jahrhunderts finden sich aber neben dem Voigte zwei Rathmannen, unter deren oberster Leitung das Gericht wie früher gehegt wurde. Der Voigt sank allmälig zum Gerichtsofficianten, dem besonders die Execution der Urtheile oblag, herab. Noch bis zum J. 1622 gab es keine stehenden Urtheilsfinder; der Voigt rief vielmehr die vor dem Gerichte aufwartenden Bürger, zunächst aber die Vorspraken (gerichtliche Procuratoren) in die Findung; bei Poen von drei Pfund durfte sich niemand dieser Aufforderung entziehen. Die Gerichtsordnung von 1622 bestimmt in Gemäßheit des Rath- und Bürgerschlusses vom 6. Dec. 1621: Das Niedergericht sollen besitzen die p. t. zween Herren des Gerichts und die von E. E. Rath aus der Bürgerschaft elegirte acht Personen, derogestalt, daß die Herren des Gerichts die Direction führen, die deputirte Bürger aber, sobald eine jede Sache ordentlich vorgetragen, in die Findung gehen und nach dieser Stadt Statuten, Recessen, was sie den Rechten gemäß befinden, nach ihren deswegen geleisteten Eiden urtheilen sollen. Von diesen deputirten Bürgern sollen jährlich vier abgehen, und also bald vier qualificirte Bürger an dero Statt von E. E. Rathe aus denen ihnen von den Oberalten und den (Cämmerei-) acht Männern nominirten acht Bürgern erwählt — werden. Bald machte sich aber das Bedürfniß rechtsgelehrter Richter geltend und es wurde dem Niedergerichte erst (1624) ein und bald darauf (1649) noch ein zweiter graduirter Rechtsgelehrter beigegeben. Seit der veränderten Organisation der Gerichtsbehörden im J. 1815 besteht dasselbe aus einem graduirten Präses und zwei graduirten Richtern, welche sämmtlich permanent sind, und vier nicht graduirten (unstudirten) Richtern, welche zwei Jahre im Amte bleiben, welches sie unentgeltlich verwalten. Die Besetzung aller dieser Stellen geschieht in der Weise, daß aus vier von dem Gerichte selbst bezeichneten Personen die Oberalten und Verordneten der Kämmerei zwei dem Rathe zur Wahl präsentiren. Zur Abgebung eines Erkenntnisses in Civilsachen ist die Gegenwart von 5 Mitgliedern des Gerichtes hinlänglich; bei den zweimal wöchentlich gehaltenen Audienzen, welche ein ver-

---

56) Verordnung wegen veränderter Organisation der Justizbehörden und Gerichte vom 29. Dec. 1815.

kümmerter Rest der altteutschen öffentlichen Gerichtspflege sind, müssen außer dem Präses nur zwei Richter, von denen einer ein graduirter sein soll, gegenwärtig sein. In diesen Audienzen werden besonders die von Advocaten verfaßten Schriftsätze durch Procuratoren übergeben; in Criminalsachen auch die Defension verlesen u. s. w. Die Gerichtsbarkeit des Niedergerichtes war schon im 13. Jahrhunderte durch die concurrirende Gerichtsbarkeit des Rathes, die im Laufe der Zeit verschieden begrenzt wurde, und durch das 1622 errichtete Admiralitätsgericht u. s. w. sehr beschränkt. Jetzt ist dasselbe das generelle Gericht erster Instanz für Stadt und Gebiet, mit Ausnahme der Aemter Ritzebüttel und Bergedorf, sowohl in Civil- und Criminalsachen, doch sind demselben noch besondere Classen von Sachen, für welche besondere Justizbehörden bestehen, entzogen. Unter diesen speciellen Gerichtsbehörden sind schon wegen des Alters und der Mannichfaltigkeit der zur Competenz derselben gehörenden Sachen zunächst zu erwähnen:

Die Präturen. Den Namen praetores führten schon 1381 die dem Rathe vorsitzenden Rathmänner. Schon seit 1524 bekleideten dieses Amt zwei Herren des Rathes, je auf zwei Jahre, wie es noch der Fall ist. Sie waren Vorsitzer des Niedergerichtes und hatten den bedeutendsten Theil der Polizeigewalt, welches beides jetzt aufgehört hat. Außerdem aber entschieden sie schon im J. 1560, vermöge eines alten Herkommens, als Einzelrichter in einem schleunigen Rechtsgange (ohne jenigen Gerichtsproceß) — und zwar in Concurrenz mit dem worthaltenden Bürgermeister, dem jetzt keine solche besondere Gerichtsgewalt zusteht — in ihren Häusern alle Streitigkeiten unter 10 Gulden oder 12 Mark, und übten ein friedensrichterliches Amt in allen übrigen. Es wurde nachmals die obgenannte Summe mehr und mehr erhöht, und der Competenz der Prätoren eine Reihe anderer Sachen überwiesen, die wegen ihrer Liquidität oder sonstigen Beschaffenheit sich zu einer formlosen, schleunigen Verhandlung eigneten. Dieses hat sich dem Principe nach erhalten, und es gehören jetzt zur Competenz der beiden Prätoren — so daß man sich der Regel nach an den einen oder den anderen wenden kann — mit Ausnahme aller Handelsstreitigkeiten, alle diejenigen Sachen, bei welchen die Hauptsumme der Klage nicht den Belauf oder Werth von 400 Mark Bco. übersteigt, und ohne Rücksicht auf die Summe Klagen aus Urkunden, worin sich der Beklagte der paratesten gerichtlichen Execution unterworfen hat, Miethe- oder Zinsklagen und alle Dienstlohnsachen, so wie Streitigkeiten der Brotherrschaften und Dienstboten untereinander. Wiewohl bei allen vor die Prätoren gehörigen Sachen zuvor ein Versuch zur Vergleichung der Parteien stattzufinden pflegt, so steht den Prätoren eine friedensrichterliche Gewalt nur noch bei Injuriensachen zu; bei diesen nämlich muß der Kläger jedesmal zuvor zum Versuch der Güte vor einen der Prätoren vorladen lassen, doch bleibt es beiden Parteien frei, wenn die Klagsumme 200 Mark Bco. übersteigt, Verweisung an das Niedergericht zu verlangen. — Da alle Senatoren der Reihe nach das Prätoramt bekleiden, so findet sich die Rechtspflege zum Theil in Händen von der Rechtswissenschaft unkundigen Personen, welche als Einzelrichter die vor-

gebrachten Sachen entweder sogleich ex aequo et bono entscheiden, oder sie zum schriftlichen Verfahren verweisen, in welchem letzteren Falle sie die Erkenntnisse von einem (Privat-) Assistenten, den sie sich in der Regel aus der Zahl der jüngeren Advocaten zu wählen pflegen, anfertigen lassen.

Ein eigenes Handelsgericht hat Hamburg seit 1816[57]). Man hatte hierbei nicht verschmäht, von der verhaßten Fremdherrschaft das Gute sich anzueignen. Das Bedürfniß einer eigenthümlichen Behandlung von Handelssachen hatte sich freilich schon früher fühlbar gemacht und es waren dieselben daher dem Niedergerichte und seinem langsamen Rechtsgange entzogen und wurden wie man sagte außergerichtlich von den Prätoren — an welche alle Wechselsachen nach der Wechselordnung von 1711 gebracht werden mußten — oder von dem präsidirenden Bürgermeister und dem Rathe entschieden; für Sachen so aus dem Seecomercio herrühren, d. h. Schiffs-, Haverei-, Bodmerei-, Assecuranzstreitigkeiten bestand seit dem 17. Jahrhunderte ein eigenes Admiralitätsgericht. Das Gericht besteht aus einem Präses und Vicepräses, welche beide graduirte Rechtsgelehrte sein müssen, und dauernd im Amte bleiben, neun kaufmännischen Richtern, welche 3 Jahre in ihrem (Ehren-) Amte bleiben, so aber, daß sie successiv ausscheiden, und einigen Actuarien u. s. w. Es theilt sich zur Förderung der Geschäfte in zwei Kammern, so daß die erste der Präses und 5 Richter, die zweite der Vicepräses und 4 Richter bilden. Es steht in der Wahl der Kläger, sich an die eine oder andere Kammer zu wenden. In jeder Audienz, die hier eine andere Bedeutung hat, als bei dem Niedergerichte, da das Verfahren ein öffentlich-mündliches ist, müssen der Präses oder Vicepräses und zwei Richter gegenwärtig sein. Zur Competenz des Handelsgerichtes gehören alle Streitigkeiten, welche Handelsgeschäfte betreffen oder auf solche Bezug haben, die Parteien mögen Handelsleute sein oder nicht. Dem Handelsgerichte sind außer den Fallimenten, bei welchen die Summe 4000 Mark Bco. übersteigt, noch gewisse Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit zugewiesen und zu dem Ende sind demselben noch beigegeben und untergeordnet: der Actuar beim Fallitwesen, der ein graduirter Jurist sein muß, der Dispacheur und die beiden Schiffsregistratoren. — Erste gerichtliche Instanz in Aemter (Zunft)-Sachen sind die Amtspatrone, welche als Einzelrichter namentlich auch die eigentlichen aus den Zunftverhältnissen hervorgehenden Streitigkeiten entscheiden, bei welchen ein Privatinteresse von Zunftgenossen in Frage steht. Als besonderes Gericht zweiter Instanz besteht aber ein neuerdings wiederhergestelltes Amtsgericht, das aus dem präsidirenden Bürgermeister, zwei Herren des Rathes, zwei dazu erwählten Rechtsgelehrten, zwei Oberalten und zwei Amtsalterleuten zusammengesetzt ist; doch so, daß die Mitglieder theils jährlich, theils nach zwei Jahren wechseln[58]).

57) Handelsgerichtsordnung v. 15. Dec. 1815. S. auch die Einleitung zum Archive des Handelsrechtes: Ueber das Hamburgische Handelsgericht.
58) Ueber das Amtsgericht: Westphalen a. a. O. Bd. 1, S. 302 flg.

Das generelle Gericht zweiter Instanz ist das Obergericht. So weit die geschichtliche Kunde hinaufreicht, bildete dieses der ganze Rath. Bei der neuen Organisation der Justizbehörden wurde auch dieses geändert, und seit 1816 besteht dasselbe aus einem (jährlich wechselnden) graduirten Bürgermeister als Präses, 5 graduirten und 5 nicht graduirten Mitgliedern des Rathes, von welchen wenigstens 3 jährlich abtreten, als Richter. An das Obergericht kann appellirt werden von den Erkenntnissen der Prätoren (außer in Injuriensachen) und den gleichstehenden Gerichtsbehörden für das Gebiet und die Vorstädte, von den Civil- und Criminalerkenntnissen des Niedergerichtes, den Rechtssprüchen des Handelsgerichtes, so wie der Entscheidung der Vormundschaftsdeputation. Von Erkenntnissen der Prätur kann schon appellirt werden, wenn die Beschwerdesumme den Belauf von 60 Mark Crt. übersteigt; bei dem Niedergerichte und dem Handelsgerichte ist aber erst 500 Mark Bco. oder 625 Mark Crt. die appellabele Summe. Bei den Präturen und dem Handelsgerichte kann in den Fällen, in welchen die Appellation unzulässig, Restitution gesucht werden. Einer Bestätigung durch das Obergericht bedürfen alle Erkenntnisse des Niedergerichtes, wodurch eine Ehe quoad vinculum getrennt werden soll, alle strafrechtlichen Erkenntnisse und (zufolge Verordnung vom 15. Oct. 1819) alle Todeserklärungen. Der Competenz des Obergerichtes unterliegen auch alle Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit innerhalb der Stadt, sofern sie nicht unmittelbar Handelsgeschäfte betreffen.

Die Ausübung der Obervormundschaft — außer der Bestellung der Geschlechtsvormünder, welche durch den präsidirenden Bürgermeister geschieht — ist einer besonderen im J. 1831 errichteten Vormundschaftsdeputation übertragen, die aus fünf Mitgliedern des Rathes (in vel de senatu) und einem rechtsgelehrten Actuar besteht. — Das Obergericht hat auch über die Zulassung zur Advocatur und zum Notariat, die aber ganz von einander getrennt sind, zu entscheiden. Einen besonderen Advocatenstand gibt es eigentlich erst seit der veränderten Justizorganisation im J. 1815. Das wesentliche Recht der Advocaten ist, daß sie allein die Befugniß haben, die in den Gerichten zu producirenden Schriften und Supplicate an den Senat für Andere zu verfassen. Um Advocat zu werden, muß man das Bürgerrecht gewonnen, das 22. Jahr zurückgelegt, die Rechte studirt und den Grad eines Licentiaten oder Doctor — wie es jetzt fast durchgängig der Fall ist — erworben haben, oder sich einer anzustellenden Prüfung unterwerfen. Ein allgemeines Staatsexamen gibt es also nicht. Da zu den meisten Staatsämtern, die nicht als Ehrenämter unentgeltlich verwaltet werden, ein academischer Grad verlangt wird, so gehen, sowohl die Staatsbeamten, als der rechtsgelehrte Theil des Senates, aus dem Advocatenstande hervor. Vertreter der Parteien bei den Gerichten sind aber nicht die Advocaten, sondern die dazu bestellten Procuratoren; bei dem Ober- und Niedergerichte die sogen. gerichtlichen, bei der Prätur die sogen. außergerichtlichen Procuratoren. Sie haben die Termine abzuwarten, die (von den Advocaten verfaßten) Prozeßschriften einzureichen. Beim

Handelsgerichte gibt es keine Procuratoren; jeder kann daselbst seine Sache selbst führen, oder einen Bevollmächtigten — wie es in der Regel in der Person eines der Advocaten geschieht — bestellen. Die Zahl der gerichtlichen wie außergerichtlichen Procuratoren ist geschlossen; die ersteren müssen Rechtsgelehrte sein, von den anderen — die früher ihre Stelle kauften — wird nur verlangt, daß sie in praxi geübt und der Statuten wohl kundig seien, so daß eine auch nur allgemein wissenschaftliche Bildung nicht nothwendig verlangt wird. Diese außergerichtlichen Procuratoren können auch bei der Prätur, doch nur bei dieser, Advocatur ausüben. Das Notariatswesen ist, indem man auch hier von den Franzosen zu lernen nicht verschmähte, nach Wiederherstellung der Hamburgischen Verfassung durch die Notariatsordnung vom 18. Dec. 1815 gänzlich neu gestaltet. Die Notarien bilden eine Disciplinarkammer (wie sie der Zeit noch den Advocaten fehlt).

Indem wir nach diesen hier eingeschalteten Zwischennotizen zu den eigentlichen Justizbehörden zurückkehren, ist noch des gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichtes der vier freien Städte Teutschlands, welches zu Lübeck seinen Sitz hat, zu erwähnen[59]). Das Gericht besteht aus einem Präsidenten, 6 Räthen, einem Secretär u. s. w., welche von den Städten in einer bestimmten Ordnung ernannt werden. Es steht unter Aufsicht der vier Senate, deren alljährlich einer die Direction führt. Hinsichtlich Hamburgs ist seine Competenz nur auf Civilsachen und zwar in der Weise beschränkt, daß es als dritte Instanz nur dann entscheidet, wenn nicht von dem Obergerichte ein das Erkenntniß der ersten Instanz bestätigendes Urtheil abgegeben worden ist. Auch sind noch manche Civilstreitigkeiten demselben entzogen, Ehesachen und Amtssachen (Streitigkeiten aus Zunftverhältnissen).

3) Die Polizei befand sich früher besonders in Händen der beiden Prätoren, welche sie mit der Gerichtsbarkeit vereinigten, und der Wedde[60]), d. i. einer aus vier Herren des Rathes bestehenden Behörde, welche besonders die häusliche, Sitten-, Markt-, Gesundheitspolizei auszuüben hatte und der jetzt nur die bei Verheurathungen innerhalb der Stadt erforderlichen Untersuchungen, Anordnung der Proclamation, Erlaubung der Copulation geblieben sind, so wie Aufsicht über die öffentlichen Ausrufe (Auctionen) und über die Rathswage[61]). An deren Stelle ist seit dem 15. Febr. 1821[62]) eine allgemeine Polizeibehörde getreten[63]), welche einen großen Theil der Polizeiverwaltung concentrirt, neben welcher

---

59) Provisorische Oberappellationsgerichtsordnung und Appellabilitätsverordnung v. 7. Juli 1820. Definitive Oberappellationsgerichtsordnung, nebst Gebühren- und Stempeltaxe u. s. w. v. 10. Aug. 1831. S. Westphalen a. a. O. Bd. 1, S. 273.

60) S. Klefecker a. a. O. Bd. 12, S. 401 flg.

61) Buek a. a. O. S. 186, 269 flg. Westphalen a. a. O. Bd. 1, S. 329.

62) S. Anderson Nr. VII. 16. Vgl. damit aber bes. Nachtrag zum Abdrucke der Grundges. S. 320.

63) Buek a. a. O. S. 188. Westphalen a. a. O. Bd. 1, S. 323.

für einzelne Zweige und Institute noch eine Anzahl specieller Behörden fortbesteht. Es hat die Polizei aber in Hamburg noch keinen festen verfassungsmäßigen Boden gewinnen können, indem die erbgesessene Bürgerschaft stets dabei geblieben ist, das Bestehen derselben nur provisorisch von 6 zu 6 Jahren zu bewilligen. Als Directoren der Polizei werden vom Senate je auf 6 Jahre aus seiner Mitte zwei *Polizeiherren* bestellt, von denen aber nur einer die Verwaltung hat, und der andere blos verpflichtet ist, ihn im Verhinderungsfalle zu vertreten. Das übrige Personal besteht aus zwei Criminalactuarien, einem Oberpolizeivoigt als Bureauchef, 4 Beamten und Schreibern und einer Zahl Polizeidiener, Marktvoigten und Armenpolizeidienern, so wie als besondere Abtheilung dem Corps der Hafenrunde, welches bestimmt ist, Schiffsdiebstähle zu verhindern. Die Criminalactuarien sind besonders Instruenten, denn die Polizei hat nicht nur Ruhe und Ordnung zu erhalten, sondern auch alle Criminalsachen zu instruiren und kleine Verbrechen und Vergehungen zu bestrafen, so daß sie höchstens 15 Rthlr. und 2 Monat Gefängniß zuerkennen kann. — Mit der eigentlichen Polizei stehen, großentheils ihres Gegenstandes wegen oder doch insofern, als die beiden Polizeiherren deren Vorstände oder doch Mitglieder sind, in engerer Verbindung: die *Censurcommission*[64]), der *Gesundheitsrath*[65]) und das *Krankenhauscollegium*[66]), die *Feuercassendeputation*[67]), das *Collegium der Gefängnisse*[68]) und die *Nachtwachendeputation*[69]). Der Geschäftskreis des Gesundheitsrathes, welcher großentheils aus Sachkundigen, als den beiden Physicis u. s. w. besteht, umfaßt die ganze öffentliche Gesundheitspflege, die öffentliche Krankenpflege und die Medicinalpflege in der Stadt und dem Gebiete; er ertheilt nach abgenommener Prüfung die Erlaubniß zur ärztlichen Praxis im weitesten Sinne und führt die Aufsicht über alle Medicinalpersonen u. s. w.[70]). — Die *Feuercassendeputation* verwaltet nicht nur die Generalfeuercasse, bei welcher, zufolge der revidirten Feuercassenordnung von 1833 alle städtischen Grundstücke, so wie (seit 1840) die in St. Georg und auf dem Stadtdeiche belegenen, versichert sein müssen, sondern ihr ist auch die Fürsorge für alle Löschungs- und Rettungsanstalten[71]) übertragen.

---

64) *Buek* a. a. O. S. 212. *Westphalen* a. a. O. Bd. 1, S. 448.
65) *Buek* a. a. O. S. 227. *Westphalen* a. a. O. Bd. 1, S. 437.
66) *Buek* a. a. O. S. 256. *Westphalen* a. a. O. Bd. 2, S. 259.
67) *Buek* a. a. O. S. 288. *Westphalen* a. a. O. Bd. 1, S. 455.
68) *Buek* a. a. O. S. 383. *Westphalen* a. a. O. Bd. 1, S. 464. Daselbst auch Angabe derselben, und Nachweisung, wo nähere Beschreibung derselben zu finden.

69) *Buek* a. a. O. S. 436, 443, 453. *Westphalen* a. a. O. Bd. 1, S. 472.

70) Ueber die ältere Medicinalverfassung s. *Klefecker* a. a. O. Bd. 12, S. 3 flg. *Julius*, Beitrag zur ältesten Geschichte der Hamburg. Medicinalverfassung.

71) Angabe derselben bei *Klefecker* a. a. O. Bd. 2, S. 585 flg., Bd. 3, S. 481, Bd. 9, S. 605. *Buek* a. a. O. S. [illegible]8. Verzeichniß der darauf sich beziehenden Verordnungen bei *Westphalen* a. a. O. S. 458 flg.

Der älteste Polizeiherr ist es, der beim ausgebrochenen Feuer nebst vier Feuercassenbürgern die Direction hat. — Die Nachtwache ist ein über 400 Mann starkes, militärisch uniformirtes und armirtes Corps, welches zugleich als Polizeiwache dient und dessen Oberst der älteste Polizeiherr ist. — Die Aufsicht über die Privatbauten, um feuergefährliche Anlagen zu verhindern und überhaupt die Beobachtung aller baupolizeilichen Vorschriften zu sichern, ist den Kirchspielsherren[72]), d. h. den beiden ältesten in jedem Kirchspiele eingepfarrten Rathsherren, übergeben. Die Baudeputation aber, errichtet durch Rath- und Bürgerschluß vom 15. Sept. 1814, welche von Buek und Westphalen mit den Kirchspielherren in ihrer angegebenen Qualität als polizeiliche Behörde zusammengestellt wird, dürfte viel eher als eine Finanzbehörde zu betrachten sein[73]). Sie hat nämlich alle öffentlichen Bauwerke (Gebäude, Straßen, Wege und Promenaden, Landstraßen, Brücken, Schleusen u. s. w.), mit Ausnahme der Wasserbauten, zu beaufsichtigen, für deren Erhaltung zu sorgen und alle Staatsbauten durch Bauunternehmer ausführen zu lassen und die Ausführung zu beaufsichtigen. Es besteht die Deputation aus zwei Herren des Rathes, die nach vier Jahren wechseln, einem Kämmereiverordneten und 5 Bürgern für die Stadt und drei für das Gebiet, von welchen beiden alle zwei Jahre einer ausscheidet. Diese haben entscheidende, der Stadtbaumeister und Stadtingenieur, so wie der Secretär, der, wenn auch nicht sachverständig, doch bleibend im Amte ist, haben nur eine berathende Stimme. — Sicherheit, wie sie Justiz und Polizei gewähren, sind die Vorbedingung des Gedeihens der Gewerbe.

4) Der Handel ist aber der Lebensquell Hamburgs; von einer hohen Bedeutung ist daher und nimmt unter den Behörden eine der ersten Stellen ein die Commerzdeputation[74]), welche als Vorstand der Kaufmannschaft (Eines ehrbaren Kaufmanns, des Comercium) zunächst das Gesammtinteresse des Handels wahrzunehmen, und erforderlichen Falles mit der von ihr zu berufenden Versammlung der Kaufmannschaft zu berathen, dieselbe bei dem Rathe, und wo es sonst erforderlich ist, zu vertreten hat, und vom Senate bei allen Handelssachen zu Rathe gezogen wird u. s. w.[75]). Es besteht diese Deputation aus sieben von der Kaufmannschaft aus ihrer Mitte gewählten Mitgliedern, die 6 Jahre im Amte bleiben und von welchen der Voraelteste das Präsidium führt. Zur Seite stehen denselben aber noch sieben Altadjungirte, die aus den abgegangenen

72) Klefecker a. a. O. Bd. 8, S. 821, Bd. 12, S. 422. Buek a. a. O. S. 193, 224. Westphalen a. a. O. Bd. 1, S. 434.

73) Buek a. a. O. S. 195. Westphalen a. a. O. Bd. 1, S. 415. Ueber die ältere Behörden- und Bauverfassung Klefecker a. a. O. Bd. 2, S. 3 flg.

74) Klefecker a. a. O. Bd. 6, S. 406 flg. Buek a. a. O. S. 401. Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 105.

75) Ueber die Entstehung dieses Vorstandes der Kaufmannschaft s. E. H. Kirchenpauer, die alte Börse, ihre Gründer und ihre Vorsteher. Programm zur Einweihungsfeier der neuen Börse den 2. Dec. 1841 (Hamb. 1841, 4.), S. 86 flg.

Deputirten, welche das Präsidium geführt haben, auf Lebenszeit gewählt werden, um mit ihnen alle wichtigeren Angelegenheiten, ehe sie an die Kaufmannschaft oder den Rath gebracht werden, zu berathen. Ein paar graduirte Juristen sind Protocollführer und Bibliothekare des Commerciums. Es bestehen noch für einzelne wichtigere Handelsanstalten und Institute besondere ähnlich organisirte Behörden. So steht die Bank unter Aufsicht einer besonderen Deputation[76]), aus zwei Herren des Rathes, zwei Oberalten, zwei Kämmereibürgern und fünf Bancobürgern. Die letzteren haben allein die Verwaltung zu besorgen. Sie legen jährlich der übrigen Deputation, zu welcher noch zwei Commerzdeputirte hinzugezogen werden, Rechnung ab. Der Bankdeputation ist auch die specielle Verwaltung des Münzwesens übertragen[77]), dem eigentlich die beiden jüngsten Bürgermeister vorgesetzt sind, ohne deren Bewilligung keine Münze dem Stempel übergeben werden darf[78]). — Vier Mitglieder des Rathes, zwei Oberalten und die sämmtlichen Mitglieder des Commerciums bilden zusammen die Mäklerdeputation zufolge der neuesten Mäklerordnung vom 15. Dec. 1824. Dieser steht die Wahl und Beeidigung der Mäkler zu, so wie die Entscheidung aller auf die Mäklerordnung gegründeten Klagen, wider welche aber noch das Rechtsmittel der Supplication an den Rath stattfindet[79]). Die aus zwei Herren des Rathes bestehende Deputation zur Kornordnung[80]) hat darüber zu wachen, daß alles nach Hamburg gebrachte Getreide durch Niemand, als durch beeidigte Messer und Träger gemessen und zu Boden gebracht werde. Hierher möchte am passendsten auch wohl zu stellen sein die im J. 1814 errichtete Schifffahrts- und Hafendeputation[81]), welcher der Wasserbau auf der Elbe, die Erhaltung der Elbe und Kanäle in fahrbarem Stande, die Unterhaltung der Häfen, die Erhaltung und Unterhaltung der dem Staate gehörenden Schiffe, nebst den dazu gehörigen Arsenalen, der Stack- und Hafenwerke, die Signale zu Cuxhaven und Neuwerk, alle daselbst dem Handel und der Schifffahrt dienende Gebäude, das Lootsen- und Tonnenwesen, die Inspection über die Deiche des Hamburgischen Gebietes und der Vierlande, so wie die Ritzebüttler Quarantäneanstalten, untergeordnet sind. Unter ihr steht der Wasser-

---

76) Buek a. a. O. S. 405. Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 122. — Ueber die Bankverfassung überhaupt: Klefecker a. a. O. Bd. 1, S. 499. Mein Art. Banken in diesem Lexikon.

77) S. Buek a. a. O. S. 407. Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 127.

78) Ueber die Geschichte des Hamb. Münzwesens Klefecker, Nachrichten zur Erläuterung der vornehmsten zwischen der Krone Dänemark und der Stadt Hamburg obschwebenden Mißhelligkeiten. 1734. Desselben Sammlung Hamb. Gesetze Bd. 12, S. 207. Langermann, Hamburgischen Münz- und Medaillenvergnügen. 1747. 4. Grautoff, hist. Schriften (Lübeck 1836), Bd. 3.

79) Buek a. a. O. S. 409. Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 112. Vgl. Klefecker a. a. O. Bd. 6, S. 248, 342—411.

80) Buek a. a. O. S. 391. Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 137. Vgl. Klefecker a. a. O. Bd. 2, S. 107.

81) Buek a. a. O. S. 197. Westphalen a. a. O. Bd. 1, S. 422.

schout, der Dispacheur, welche von ihr angestellt werden, so wie die Navigationsschule. Ein großer Theil ihres umfassenden Geschäftskreises, bei dem aber die Erhaltung der für den Handel mittelbar wichtigen Anstalten doch das Vorzüglichste ist, hat die Deputation von dem ehemaligen und nach Beendigung der Fremdherrschaft nicht wiederhergestellten Admiralitätscollegium[82]), so wie von der ehemaligen Convoideputation, Elbdeputation, Stackdeputation[83]), überkommen. Es besteht die Deputation aus einem Syndicus, drei Rathsherren, dem jedesmaligen Amtmann zu Ritzebüttel, zwei Oberalten, drei Kämmereiverordneten und drei Commerzdeputirten. — Während der Handel in Hamburg schon im 17. Jahrhunderte die Zunftfesseln sprengte[84]), Monopolien in dem Grundgesetze als verfassungswidrig erklärt wurden, das Princip der Freiheit sich hier überhaupt im vollsten Maße geltend macht, hat sich dagegen die Zunftverfassung der Handwerke ziemlich in alter Weise erhalten. Jedes Amt und jede Brüderschaft steht aber sowohl in administrativer als polizeilicher Beziehung, als rücksichtlich vorkommender Amtsstreitigkeiten unter einem Amtspatrone, von dessen Entscheidung, wie zuvor bemerkt, an das Amtsgericht appellirt werden kann. Früher konnte jedes Amt sich seinen Patron unter den Herren des Rathes wählen; zufolge des Aemterreglementes von 1712 wurden alle unter die damaligen Rathsmitglieder verloost, und jeder neue Rathsherr übernimmt die Patronate desjenigen, an dessen Stelle er gewählt worden[85]). — Während die Beaufsichtigung des Brauwesens[86]), welches früher ein Gegenstand umfangsreicher Gesetzgebung war, den Zweck hatte, den Ruf des Hamburgischen Bieres zur Förderung der Ausfuhr zu erhalten, waltete bei der Anordnung der Deputation für die Brotordnung[87]), so wie auch der Einsetzung der Mühlenherren[88]), doch mehr ein polizeilicher Gesichtspunkt, indem das Interesse der Consumenten dabei vorzugsweise in Betracht kam.

5) Wie sehr auch in einem kleinen Freistaate, dessen Bedeutung und selbst politische Existenz durch seine Handelsbedeutsamkeit bedingt wird, die Geldinteressen vorherrschen müssen, so hat die Großartigkeit des Hamburgischen Handels niemals einen kleinlichen Krämergeist zur Herrschaft kommen lassen. Es fehlt daher auch nicht an mannigfachen Unterrichts- und Bildungsanstalten, und eine Bereitwilligkeit, diese mit den erforderlichen Geldmitteln auszustatten, hat sich weniger vermissen

---

82) S. über dasselbe Klefecker a. a. O. Bd. 1, S. 3 flg.
83) Von denselben Klefecker a. a. O. Bd. 1, S. 13 flg., 19 flg.
84) Ueber die ehemaligen Kaufmannsverbindungen s. Kirchenpauer, in dem angef. Programm S. 9 flg.
85) Klefecker a. a. O. Bd. 1, S. 149. Westphalen a. a. O. Bd. 1, S. 387.
86) Darüber bes. Schlüter, von den Erben in Hamburg S. 153. Klefecker a. a. O. Bd. 2, S. 75 flg.
87) Klefecker a. a. O. Bd. 2, S. 107. Buek a. a. O. S. 394. Westphalen a. a. O. Bd. 1, S. 413.
88) Klefecker a. a. O. Bd. 12, S. 117. Buek a. a. O. S. 393. Westphalen a. a. O. S. 411.

lassen, als eine einheitliche und zweckmäßige Beaufsichtigung und Verwaltung des Unterrichtswesens[89]). Eine Schulordnung mangelt. Da eine im J. 1709 und 1710 entworfene Kirchen- und Schulordnung nicht zur Ausführung gekommen ist, und die seit 1816 über Begründung einer Schulordnung geführten Verhandlungen noch zu keinem Resultate geführt haben, so gibt es keine anderen allgemein gesetzliche Normen, als die Bestimmungen der Bugenhagen'schen und Aepinischen Kirchen- und Schulordnung. Die in jedem Kirchspiele bestehenden Schulen stehen unter Aufsicht des Hauptpredigers. Es ist dieses nicht nur in Bezug auf die öffentlich-niederen Schulen, die Armen- und Freischulen, denen von ihren Stiftern meist eine besondere Administration gesetzt ist, sondern auch die zahlreichen Privatschulen, zu deren Errichtung es einer Autorisation desselben bedarf, der Fall. Die meisten der höheren Schul- und Unterrichtsanstalten: das Johanneum, das (academische) Gymnasium, eine Zwischenanstalt zwischen Schule und Universität, zugleich auch zur Verbreitung wissenschaftlicher Kenntnisse überhaupt bestimmt, die Bibliothek, so wie die Sternwarte stehen unter Oberaufsicht des Scholarchatscollegiums; während die Navigationsschule zum Ressort der Schifffahrts- und Hafendeputation gehört, das anatomische, chirurgische und das pharmaceutische Institut dem Gesundheitsrathe untergeordnet sind. Das Scholarchatscollegium besteht aber aus vier Herren des Rathes, den fünf Hauptpredigern und sämmtlichen Oberalten (!). Jeder der demselben untergeordneten wissenschaftlichen Anstalten ist ein Ausschuß des Scholarchates vorgesetzt.

6) Hamburgs milde Anstalten, welche entweder den Zustand Verarmter erleichtern, materiell und sittlich verbessern, oder der Verarmung vorbeugen sollen, sind berühmt[90]). Größtentheils sind sie von Privaten gegründet, auch ihrer Beschaffenheit nach reine Privatanstalten, und manche derselben den öffentlichen nur insofern beizuzählen, als sie unter öffentlicher Autorität errichtet sind. Der Bestand fast aller, so weit er nicht durch Stiftungen gesichert ist, beruht auf freiwillige Beisteuer der Einwohner. Nur bei den vier bedeutendsten wird ein den Bedürfnissen derselben entsprechender jährlicher Zuschuß aus Staatsmitteln geleistet. Es sind dieß: die allgemeine Armenanstalt, das allgemeine Krankenhaus, das Waisenhaus und das Werk- und Armenhaus. Eine das organische Zusammenwirken aller verschiedenen Anstalten sichernde Einrichtung, wie man sie wiederholt beabsichtigt hat, ist nicht zur Ausführung gekommen. Den weitesten Wirkungskreis hat die allgemeine Armenanstalt, welche, während die anderen Anstalten mehr oder minder specielle sich durchkreuzende Zwecke verfolgen, überall ergänzend eingreift. Sie hat ihre Verfassung durch die am 3. Sept. 1788 beliebte, am 19. Mai 1791 revidirte und durch die Additionalartikel vom 27. April 1797

---

89) Klefecker a. a. O. Bd. 6, S. 32 flg. Buek a. a. O. S. 97. Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 187.

90) Klefecker a. a. O. Bd. 1, S. 227 flg. Buek a. a. O. S. 351. Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 221.

modificirte Armenordnung erhalten. Sie steht unter der Leitung des sogen. **großen Armencollegiums**, welches durch 7 Herren des Rathes, worunter der älteste Polizeiherr, 21 Armenvorsteher aus der Bürgerschaft, die jedesmaligen Gotteskastenverwalter der 5 Parochialkirchen, die jahrverwaltenden Vorsteher des Waisen-, des allgemeinen Kranken- und des Werk- und Armenhauses gebildet wird. Den übrigen milden Anstalten sind gesetzlich oder von ihren Stiftern angeordnete Verwaltungsbehörden vorgesetzt. Die Armenanstalt erstreckt ihre Wirksamkeit über die Angehörigen aller christlichen Confessionen. Die nicht lutherischen Gemeinden haben indeß auch noch besondere Anstalten zu milden Zwecken, und innerhalb der israelitischen Gemeinde, welche die Unterstützung und Versorgung ihrer hilfsbedürftigen Glaubensgenossen als einen Hauptzweck ihres Verbandes betrachtet, besteht eine besondere Armenanstalt, so wie mannigfache Gemeindeeinrichtungen und Privatvereine zu besonderen milden Zwecken.

7) Was das **Militärwesen** Hamburgs betrifft, so hat die Stadt nach dem Bundesmatricularanschlage ein Contingent von 1298 Mann zur zweiten Division des zehnten Bundesarmeecorps zu stellen. Die Contingente der drei Hansestädte bilden, mit dem von Oldenburg vereint, die dritte Brigade jener Division, deren Organisation durch Verträge zwischen Oldenburg und den Hansestädten, und den Hansestädten unter sich[91]), welche Hamburgischer Seits durch Rath- und Bürgerschluß vom 20. Febr. 1834 ratificirt worden sind, festgestellt worden ist[92]). Hamburg enthält eine Garnison, die zugleich den Stamm des Bundescontingentes bildet. Stärke und Organisation derselben ist durch Rath- und Bürgerschlüsse vom 11. Juli, 20. Oct. und 21. Nov. 1814 bestimmt, hat aber vermöge der angeführten Verträge einige Modificationen erhalten. Sie wird von einem Stabsofficiere befehligt, der zugleich Commandant der Stadt ist. Zur Oberaufsicht und Verfügung über die Garnison ist das seit dem 20. Oct. 1814 an die Stelle des Kriegsrathscollegiums[93]) getretene **Militärdepartement**[94]) bestellt, welches aus dem ältesten Bürgermeister, den drei ältesten Rathsherren, dem Stadtcommandanten, zwei Oberalten, zwei Kämmereibürgern und vier von der erbgesessenen Bürgerschaft gewählten **Militärcommissarien** besteht. Den letzteren allein liegt die specielle Verwaltung ob. Die Garnison wird so weit als möglich durch Werbung vollzählig erhalten, doch sind, um sie auf die Zahl des Bundescontingentes zu bringen, alle Einwohner der Stadt und des Gebietes vom 19. bis 25. Jahre, nach Wehrpflichtigkeitsordnung vom 14. September 1814, einzutreten verpflichtet; durch das Loos wird aus diesen die erforderliche Zahl ausgehoben[95]). Eine besondere, aus

---

91) S. **Klüber**, öffentl. Recht (4. Aufl.) Anhang S. 885.
92) Hamb. Verordnungen XIII. S. 219 flg. und 257 flg.
93) **Klefecker** a. a. O. Bd. 11, S. 55 flg.
94) **Buek** a. a. O. S. 443. **Westphalen** a. a. O. Bd. 2, S. 313.
95) Verordnung vom 5. Juni 1822. Sammlung Hamb. Verordn. VII. S. 330. **Westphalen** a. a. O. Bd. 2, S. 331.

Mitgliedern des Rathes und der Bürgerschaft gebildete interimistische Bewaffnungscommission[96]) hat für Alles, was zur Vervollständigung, Ausrüstung, Organisation des Bundescontingentes und der Reserven besteht, zu sorgen. — An die Stelle der alten aber ganz herabgekommenen allgemeinen Bürgerbewaffnung ist seit dem J. 1813 das neuorganisirte Bürgermilitär getreten[97]). Es ist dasselbe bestimmt, den Garnisondienst mit der Garnison oder auch allein zu versehen, wenn diese ausgerückt ist, Ordnung und Ruhe im Innern zu erhalten und die Stadt und deren Gebiet nöthigenfalls gegen feindliche Angriffe zu schützen. Dienstpflichtig sind alle Einwohner der Stadt, Vorstädte und des Amtes Ritzebüttel (nach den neuesten Bestimmungen vom 22. bis 45. Jahre). Es besteht jetzt aus 8 Bataillons Infanterie, einem Jägerbataillone, zwei Compagnien Artillerie und einer Escadron Cavallerie. An der Spitze des ganzen Corps steht ein Chef mit Rang und Titel eines Obersten. Die demselben vorgesetzte Behörde: die Bürgermilitärcommission[98]), besteht aus dem ältesten Bürgermeister, zwei Rathsherren, dem Stadtcommandanten, dem Chef des Bürgermilitärs und 6 Commissarien, von denen jährlich einer abtritt. Es ist derselben ein von ihr zu erwählender Auditeur beigegeben.

Wir erwähnen als den letzten der Verwaltungszweige die Finanzen. Das Finanzwesen ist seit dem J. 1814 völlig neu geordnet worden. Die Einkünfte des Staates bestehen aus Einnahmen vom Staatsvermögen, den Domänen, Regalien, dem Ertrage der Steuern und Abgaben. Von den Regalien ist hier besonders die Post zu erwähnen, welche erst in neuester Zeit zu einem Regale erhoben worden ist. Die erste Einrichtung eines Botenwesens, als Anfang einer Briefpost, war nämlich von einigen Handelscorporationen ausgegangen, deren Vorsteher auch ehemals Vorstände der Kaufmannschaft waren[99]). Nachdem jede andere Bedeutung jener alten Handelscorporationen längst erloschen war, war ihnen das Postrecht in dem Umfange, wie sie es ehemals hergebracht hatten, geblieben. Man ließ sich nun nur noch in jene Corporationen aufnehmen oder vielmehr als Aspiranten einschreiben, um dereinst zur Mittheilnahme an jenem einträglichen Rechte zu gelangen. Daneben waren eine Reihe Postämter fremder Staaten entstanden, die noch fortdauern[100]). Im J. 1821 wurde dann aber, nachdem ein Abkommen mit den damals an den Einkünften Participirenden getroffen war, die Post für ein Regal erklärt. Am 21. Dec. 1832 erfolgte aber erst die Organisation eines Hamburgischen Staatspostwesens[101]). — Im Ganzen ist das Einkommen aus dem Staatseigenthume und den Regalien verhältnißmäßig un-

---

96) Buek a. a. O. S. 435. Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 323.
97) Buek a. a. O. S. 436. Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 305.
98) Buek a. a. O. S. 432. Westphalen a. a. O.
99) S. Kirchenpauer, in dem angef. Programm S. 41.
100) Ueber das Postwesen vor dessen Erhebung zum Regale: Klefecker a. a. O. Bd. 12, S. 552 flg.
101) Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 139 flg.

erheblich. Vor dem Brande betrug die jährlich zum Staatshaushalte erforderliche Summe etwa 4⅘ Mill. Cour.-Mark, wovon 1⅘ Mill. auf Verzinsung der öffentlichen Schuld kamen[102]). Ein siebenter Theil mochte etwa durch die genannten Einkünfte bestritten werden können; der ganze weitere seit jener Katastrophe, besonders durch die contrahirte Anleihe von 32 Mill. Mark sehr gesteigerte Staatsbedarf muß durch Abgaben und Steuern gedeckt werden. Doch gilt als Hauptprincip des Finanzwesens, daß die Steuerpflichtigen nie weiter, als es ein entschiedenes Bedürfniß fordert, angestrengt werden sollen. — Alljährlich wird von einer besonders verordneten Commission zur Formirung des Entwurfes zum allgemeinen Budget (die aus einem Syndicus, einem Rathsherrn und den sämmtlichen Kämmereiverordneten besteht) ein allgemeines Budget entworfen[103]), über welches eine andere Commission zur Revision des allgemeinen Rechnungswesens[104]) (aus zwei Herren des Rathes, einem Oberalten, zwei Kämmereiverordneten und zwei anderen Bürgern auf 10 Jahre gewählt, bestehend) nach vorgenommener Prüfung dem Rathe Bericht zu erstatten hat. Die gleichzeitig mit diesen Anordnungen getroffene Einrichtung, den so von verschiedenen Commissionen, die meist aus Mitgliedern der Bürgerschaft bestehen, verfaßten und geprüften Budgetentwürf, nebst den jährlichen Rechnungen über Einnahme und Ausgabe und über die Schuldenadministration, noch den bürgerlichen Collegien und der erbgesessenen Bürgerschaft vorzulegen, ist bald wieder (22. Aug. 1816) aufgehoben worden; und es würde eine Berathung des Budgets, wie sie in den Kammern constitutioneller Monarchien stattfindet, sich nicht mit der Verhandlungsweise der Hamburgischen Bürgerschaft vereinigen lassen. Dagegen muß dieselbe die Mittel gewähren, wenn das Staatseinkommen nicht hinreichen sollte, den Staatsbedarf zu decken; und es ist der Rath außerdem genöthigt, von Zeit zu Zeit auf Prolongation der meisten bestehenden Abgaben anzutragen, weil die Bürgerschaft das Princip befolgt, dieselben nie definitiv, sondern immer nur auf bestimmte Jahre zu bewilligen. Von der Ansicht, daß der Staatshaushalt aber möglichst als ein Geheimniß bewahrt werden müsse, ist man erst in neuester Zeit zurückgekommen, indem man zuerst im J. 1832 angefangen hat, alljährlich eine allgemeine Uebersicht desselben der Bürgerschaft vorzulegen. Schon seit dem Jahre 1563 ist die Verwaltung der Staatscasse aus den Händen des Rathes in die einer Bürgerdeputation, der Achtmänner, jetzt die Kämmerei genannt, übergegangen. Die Kämmerei, aus zehn erbgesessenen Bürgern, zwei aus jedem Kirchspiele, bestehend, gehört zu den wichtigsten aller bürgerlichen Verwaltungsbehörden[105]). Mitglieder derselben gehören zu den meisten der übrigen Deputationen. Die Bedeutung der Kämmerei ist seit Reorganisation des Finanzwesens noch besonders

102) Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 1 flg.
103) Buek a. a. O. S. 462. Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 7.
104) Buek a. a. O. S. 462. Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 8.
105) Klefecker a. a. O. Bd. 2, S. 401. Buek a. a. O. S. 461, 464. Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 15.

dadurch erhöht worden, daß alle öffentlichen Cassen, deren mehrere isolirt von einander bestanden, mit der eigentlichen Stadt- oder Kämmereicasse vereinigt worden sind, in welche nun alle Einnahmen des Staates fließen und aus welcher alle Zahlungen geleistet werden. Den Verordneten der Kämmerei steht daher die Administration und Controle alles Staatseigenthums und aller Staatseinnahmen und Ausgaben zu. Aber es bestehen neben derselben noch andere Finanzdeputationen, denen theils besondere Geschäfte des Staatshaushaltes überhaupt, theils die Aufsicht über die Erhebung der wichtigsten städtischen Abgaben übertragen sind. Zu den ersten gehören die bereits erwähnten Commissionen zur Formirung des Entwurfes eines allgemeinen Budgets und zur Revision des allgemeinen Rechnungswesens, auch die eine besondere Schuldenadministrationsdeputation[106]), welche die Rechnungsführung über das gesammte Schuldenwesen, die Zinszahlung und successive Amortisation zu beschaffen hat. Die Rechnungsrevisionscommission hat auch die jährlichen Rechnungen der Kämmerei, der Schuldenadministration, so wie der Kirchen und milden Stiftungen zu prüfen und darüber dem Senate Bericht zu erstatten. Specielle Finanzbehörden der anderen Art sind die Steuerdeputation[107]), welche die Erhebung und Beitreibung der Grund- und anderer directen (sogen. Entfestigungseinkommensluxus) Steuern beschaffen läßt; die Zoll- und Accisedeputation[108]), die Stempeldeputation[109]), welchen beiden letzteren auch die Zuerkennung der gesetzlichen Strafen in Contraventions- und Defraudationsfällen in erster Instanz zusteht, so daß der Rath in zweiter und letzter Instanz entscheidet; die Postdeputation, welche indeß, da ihr das ganze Postwesen, so weit es als Regale vom Hamburgischen Staate ausgeübt wird, untergeordnet ist, nicht ausschließlich als eine Finanzbehörde, noch weniger aber als eine commercielle betrachtet werden kann. Die Anordnung aller dieser in der üblichen Weise gemischten Deputationen gehört der neueren Zeit an, wogegen des aus zwei Herren des Rathes bestehenden Zehntamtes[110]) schon im J. 1444 erwähnt wird. Als Finanzbehörde ist das Zehntamt insofern zu betrachten, als es seiner ursprünglichen Bestimmung gemäß für die Aufsicht über die Erhebung des Abschoß und der Nachsteuer, so weit diese noch bestehen, und der zuerst 1624 und 1627 beliebten Collateral- und Erbschaftssteuer eingesetzt ist; es haben sich aber daran noch eine Reihe anderer Geschäfte geknüpft, welche dieser Behörde noch eine besondere Stellung und Bedeutung geben: Besitzergreifung und Regulirung der dem gemeinen Gute anheim fallenden Erbschaften; Controle über die sämmtlichen eröffneten Erbschaften; Sicherstellung der Rechte ohne Hinterlassung eines Bevollmächtigten abwesender, fremder und unbekannter Erben; nach einer neuen Verordnung (v. 1832)

---

106) Buek a. a. O. S. 461, 463. Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 20.
107) Buek a. a. O. S. 467. Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 37.
108) Buek a. a. O. S. 470. Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 52.
109) Buek a. a. O. S. 477. Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 81.
110) Klefecker a. a. O. Bd. 2, S. 425. Buek a. a. O. S. 484. Westphalen a. a. O. Bd. 2, S. 88.

können auch Testamente und letztwillige Verfügungen bis zu ihrer Publication bei dem Zehntamte in Verwahrung gegeben werden.

V. Privatrecht. Die Quellen des Hamburgischen Privatrechtes sind, außer den fremden recipirten und denen des gemeinen teutschen Rechtes, die angeführten Statuten von 1603 (1605) und eine Reihe organischer Gesetze über einzelne Gegenstände, welche sich in den angeführten Sammlungen von Gesetzen und Verordnungen finden. An einer Bearbeitung des Hamb. Privatrechtes, wie deren z. B. Frankfurt mehrere hat, fehlt es fast noch ganz. Im 17. und 18. Jahrhunderte haben eine Zahl von Juristen ihre Studien und Erfahrungen in Anmerkungen zu den einzelnen Artikeln des Stadtbuches niedergelegt, welche bald größere, bald kleinere Sammlungen von sehr ungleichem Werthe ausmachen[111]). Es bilden diese Anmerkungen den Hauptinhalt des Thesaurus prov. et statutarii u. s. w. (Gießen 1751. 4. 2 Bde.). Mit Umsicht ausgewählte Auszüge sind der neuen Ausgabe der Hamb. Statuten beigegeben. Diesen Commentaren schließen sich eine große Anzahl von einem ähnlichen wissenschaftlichen Standpunkte aus bearbeitete Dissertationen über Hamburgisches Recht, großentheils von angehenden Juristen bearbeitet, an; sie sind besonders seit den letzten Decennien des 17. Jahrhunderts erschienen, wurden aber schon seit dem letzten Drittel des vorigen Jahrh. seltener[112]). — Das Hamburgische Privatrecht, erläutert von C. H. Anderson (Hamb. 1782—1792, 5 Thle.), gibt außer dem verdienstlichen Abdrucke der älteren Statuten und einiger Gerichtsordnungen nur eine sehr weitschweifige, wenig brauchbare und vorzugsweise dem Prozesse angehörende Erläuterung der ersten 18 Titel des ersten Theiles der Statuten von 1603. In dieser literarischen Armuth muß der Commentar von J. K. Gries, besonders in der Weise, wie ihn N. A. Westphalen aus dem handschriftlichen Nachlasse herausgegeben hat (Hamb. 1837, 2 Bde.), als eine sehr schätzenswerthe Gabe betrachtet werden. Die auch auf das Hamburgische Recht besonders eingehenden trefflichen Abhandlungen von dem für die Wissenschaft allzufrüh verstorbenen Cropp in Heise und Cropp, jurist. Abhandlungen mit Entscheidungen des Oberappellationsgerichtes der vier freien Städte (Hamb. 1827, 2 Bde. 8.), sind allgemein bekannt. Auch nur ein Ueberblick des Hamburgischen Privatrechtes kann hier nicht gegeben werden; nur auf einzelne Eigenthümlichkeiten soll die Aufmerksamkeit hingeleitet werden. In Beziehung auf das Personenrecht bemerken wir Folgendes: Die Volljährigkeit tritt in Hamburg für Männer mit vollendetem 22.,

111) Ueber diese Commentare zum Hamb. Stadtrechte s. Richey, hist. Stat. Hamb. c. V. p. 91. und bes. die Einleitung zur neuen Ausgabe der Statuten S. XXXII flg.

112) S. Bibliotheca iuris Statutarii Hamburgensis s. Dnn. Hamburgensium graduatorum aliorumque quae ad ius statutarium et processum Hamburgensem facile possunt referri ab a. 1582 usque ad nostra tempora habitarum edita a C. J. F. L. (Carol. Joh. Fogel. Lit.) 1719. fol. — Antiqua et nova bibliotheca disput. Dnn. Hamburg. literatorum iuridica etc. etc. per C. J. Fogel. Hamb. 1730. 4. Primum supplementum. 1737. 4.

für Weiber schon mit dem 18. Jahre ein. — Von Bürgerrecht und namentlich der Eintheilung in Groß- und Kleinbürgerrecht, die nur eine privatrechtliche Bedeutung hat, ist oben die Rede gewesen. Die Juden sind nach Herstellung der Verfassung im J. 1814 — wiewohl der Senat auf eine Verbesserung ihrer bürgerlichen Stellung antrug — in ihr früheres Verhältniß zurückgesetzt worden. Norm für dasselbe ist also noch das Judenreglement vom 10. Oct. 1712[113]), welches eine Anlage des 37. Art. des Hauptrecesses ausmacht. Die Praxis hat hier aber manches gemildert, und durch neuere Gesetze sind die Mitglieder der Gemeinde befähigt, gegen Erlegung der Großbürgerrechtsgebühren ein Folium in der Bank zu erwerben[114]), zu Mäklern erwählt, Notarien zu werden; und neuerlichst Grundeigenthum in allen Theilen der Stadt zu erwerben. Die Juden sind den im Staate geltenden Gesetzen unterworfen und haben vor den Gerichten desselben Recht zu nehmen; nur in Matrimonial-, Testaments- und Erbschaftssachen ist ihnen gestattet, nach mosaischen Gesetzen zu verfahren. Sie bilden zwei Gemeinden, die portugiesische, die ältere und früher bevorrechtete, jetzt aber sehr zusammengeschmolzen und verarmt, und die hochteutsche. Der neue Tempelverein, gestiftet am 16. Oct. 1818, ist, als Verein zum Zwecke der Erbauung, vom Rathe anerkannt, es darf dadurch aber keine Trennung und Veränderung in allen anderen Gemeindeangelegenheiten herbeigeführt werden[115]). Die Direction sämmtlicher die Juden betreffenden Angelegenheiten gehört zur Competenz des Weddehrern. — Von den juristischen Personen dürfte der Aemter und Brüderschaften der Handwerker zu erwähnen sein, deren rechtliche Verhältnisse durch das von einer außerordentlichen Raths- und Bürgerdeputation entworfene, unter Vorbehalt einer nach Ablauf von 5 Jahren vorzunehmenden Revision genehmigte, zuerst am 15. Febr. 1835, und in revidirter Gestalt am 26. Juni 1840 publicirte Generalämterreglement, so wie durch die jedem Amte ertheilten Specialrollen, geordnet worden sind[116]). — Im Sachenrechte bietet zunächst das Hamburgische Recht die Eigenthümlichkeit, daß gewisse Rechte als körperliche und unbewegliche Sachen betrachtet werden. Es sind dieses namentlich die Realgewerbe im engeren Sinne und zwar die Barbier-, Goldschmied- und Schlachtergerechtigkeiten, welche nicht an gewisse Grundstücke gebunden sind, wie es mit anderen Gewerben, z. B. der Bäckerei der Fall ist, aber als selbstständige Rechte nur öffentlich wie Grundstücke veräußert und auch wie diese mit Hypotheken beschwert werden können[117]). — Die teutschrechtliche Beschränkung der Vindication von Mobilien hat sich erhalten, aber mit der in den neueren Statuten hinzugekommenen Mo-

---

113) Klefecker, Gesetze und Verfassungen Bd. 2, S. 385.

114) Westphalen a. a. O. Bd. 1, S. 353.

115) Ueber die innere Gemeindeverf. s. Westphalen a. a. O. S. 355—361.

116) Verhältnißmäßig ausführlich über das Geschichtliche und die jetzige Aemterverfassung: Westphalen a. a. O. Bd. 1, S. 363—411.

117) H. Müller, Tractat von den Erben, Einleitung S. 15. Westphalen a. a. O. Bd. 1, S. 379, wo indeß nur ein paar Notizen.

dification, daß sie nur dem zu Statten kommt, der die Sache mit gutem Titel an sich gebracht hat. Ist die Sache aber über die See nach Hamburg gekommen, so kann sie, auch wenn sie gestohlen worden, nicht vindicirt werden, wenn der Besitzer beweisen kann, daß er sie redlich an sich gebracht hat; und bei einer Sache, die schon seit Jahr und Tag eingeführt worden, ist er auch von diesem Beweise frei. Ueber diesen Gegenstand vgl. die umfangreiche Dissertation von Vinc. Rumpff, de rei vindicatione iure Rom. atque Hamburgensi, Goett. 1764, 4., und Gries, Commentar Bd. 1, S. 200—217, 319. — Für die Erwerbung eines städtischen Grundstückes (Erbe) gilt die Regel, daß sie unmittelbar nur durch Zuschreibung in dem Stadterbebuche bewirkt wird, und dieses ist die einzige Art, wie ein solches Eigenthum erworben werden kann. Die Zuschreibung besteht aber in einer vor dem Protonotarius abgegebenen und protocollirten beiderseitigen Erklärung, das Eigenthum übertragen und annehmen zu wollen. Es muß dieser Zuschreibung aber noch eine sogen. Verlassung (Auflassung, Investitur), die aber jetzt fast zu einer leeren Form herabgesunken ist, vorhergehen. Ein zur Zeit der Verlassung Abwesender kann aber, wenn ihm durch die Zuschreibung eine Rechtsverletzung zugefügt worden ist, binnen Jahr und Tag, nachdem er davon Wissenschaft erlangt hat, sein Recht geltend machen. Eben so verhält es sich mit der Erwerbung öffentlicher Hypotheken an Grundstücken. Die Eintragung geschieht hierbei aber in die Stadtrentebücher (liber reditmum), welche von den Stadterbebüchern (liber hereditatum) verschieden sind. Diese in Beziehung auf die Erwerbung von Grundeigenthum und Hypotheken geltenden Grundsätze sind einer der am meisten behandelten Gegenstände des Hamburgischen Rechtes. Es gehören hierher: M. Schlüters, historisch- und rechtsbegründeter Tractat von denen Erben in Hamburg. Hamburg 1698. 4.[118]). Hier. Müller, Untersuchungstractat der Umstände, welche vor, bei und nach dem öffentlichen Verkaufe der unbeweglichen Güter in Hamburg üblich sind. Hamb. 1747. 4. C. D. Anderson, Hamb. Privatrecht Bd. 2, S. 265. Desselben Anleitung für diejenigen, welche sich oder Anderen Grundstücke oder darin versicherte Gelder wollen zuschreiben lassen. Hamb. 1810. 8. J. K. Gries, die Hamburgischen Stadt-, Erbe- und Rentebücher ihrer rechtlichen Bedeutsamkeit nach betrachtet. Hamb. 1831. 8., abgedruckt im Commentar Bd. 1, S. 241—288. Auch Cropp, von der Giltigkeit und der Kraft stillschweigender und Privathypotheken von Immobilien nach Hamb. Rechte; in den Abhandlungen Bd. 1, S. 367 flg. Eine Reform des Hypothekenwesens ist in neuerer Zeit beabsichtigt, darauf beziehen sich H. Kellinghusen, über die Abschaffung und Beibehaltung der öffentlichen Verlassungen bei dem Hamb. Hypothekenwesen. K. Reck, Reform des Hamb. Hypothekenwesens; in der hannöv. Zeitung v. 1834 Nr. 271—83. — Aus dem Familienrechte heben wir zunächst hervor, daß Frauen, die das 18. Jahr erreicht haben, zwar nicht mehr, wie es

118) Ein großer Theil des Buches (S. 101—592) beschäftigt sich mit der Bierbrauerei in Hamburg, ein anderer mit der Topographie (S. 593—658).

noch nach den neueren Statuten der Fall ist, den Minderjährigen gleich, unter einer beständigen Vormundschaft stehen, wohl aber nach Rath- und Bürgerschluß vom 4. Sept. 1732 eines selbstzuwählenden (von einem der Bürgermeister bestätigten) Curators bedürfen, dessen Beistand zu allen Rechtshandlungen erforderlich ist[119]. Handelsfrauen sind hiervon ausgenommen. Das Vormundschaftswesen ist im übrigen durch eine neue Vormundschaftsordnung vom 13. Juli 1831, welche am 15. Januar 1838 noch einige Zusätze erhielt, neu geordnet worden[120]. Ein vielbesprochener Gegenstand sind aber besonders die Güterrechte zwischen Ehegatten. Die wesentlichsten Grundsätze sind: Die Frau haftet für die Schulden des Mannes mit ihrem Brautschatze, so wie mit allen während stehender Ehe ihr angeerbten Gütern; nach den Statuten (II, 58) zwar nur für die in stehender Ehe gemachten, nach der neuen Fallitenordnung (Art. 30) aber für alle, jedoch mit der Beschränkung, daß die Frau ihren Brautschatz und ihre Illata vindiciren kann, wenn der Mann vor Ablauf der ersten fünf Jahre der Ehe fallit wird und bereits vor Eingehung der Ehe verschuldet gewesen. Der Frau, unter der Vormundschaft ihres Mannes stehend, ist jede Vermögensverwaltung entzogen; sie kann ohne ihres Mannes Wissen und Vollbort, außerhalb Leinewand und Flachs, zu des Hauses Nothdurft gehörig, durchaus nichts beständiglich contrahiren (Statut. II, 8, 1. III, 6, 9.). Dem Manne aber steht die Disposition in dem Maße zu, daß er sowohl unbewegliches als bewegliches Gut der Frau, ohne deren Zustimmung zu bedürfen, verpfänden und veräußern kann (Statut. II, 5, 10. II, 8, 3.). Nur dem Falliten (Fallitenordnung tit. 28) sind diese Rechte entzogen. Alles, was in der Ehe mit dem Gute der Frau erworben wird, gehört dem Manne[121]. Daß aber der Mann nicht etwa als Eigenthümer des Vermögens der Frau angesehen werden kann, geht aus der Bestimmung (Statut. III, 6, 9.) hervor, daß wenn sie ihrem Manne etwas auflassen oder geben will, ihr dazu ein anderer Vormund bestellt werden soll[122]. Ist die Ehe unbeerbt, so gibt nach Ablauf eines Jahres der Mann nach Abzug der Schulden ⅓, die überlebende Frau aber ½ des Gesammtvermögens den Blutsverwandten des Verstorbenen (Stat. III, 3, 8—10.); sind aber Kinder vorhanden, so bleiben Mutter sowohl als Vater, so lange sie sich nicht wieder verheurathen oder schlecht Haus halten, im alleinigen Besitze alles Gutes, und sind nur schuldig, den Kindern Alimente und ein billiges Heurathsgut oder Aussteuer zu geben (Stat. III, 3, 3 und

---

119) S. Geschlechtscuratel nach Hamb. Rechte in Gries, Commentar Bd. 1, S. 13—32.

120) Hudtwalker, kurzer Unterricht über die Hamb. Vormundschaftsordnung. 1831. 8. S. Hasche, Commentar zur Fallitenordnung Bd. 2, S. 278 flg.

121) Dieses spricht kein einzelnes Gesetz aus, aber es folgt aus anderen Bestimmungen. S. bes. Gries, Commentar Bd. 2, S. 65.

122) Ueber die gesetzl. Güterrechte der Ehegatten während stehender Ehe: Westphalen in Gries, Comment. Bd. 2, S. 60—68.

5.)[123]). Verehelicht sich die Mutter wieder und ist nur ein Kind vorhanden, so erhält sie ½, sind der Kinder mehrere aber nur ⅓ des Gutes (Stat. III, 3, 6.). Verheurathet sich der Vater wieder, so hat er aber die Wahl, ob er in der vorbeschriebenen Weise mit den Kindern abtheilen, oder ihnen das mütterliche Vermögen herausgeben will, in welchem Falle sie dann mit den Kindern zweiter Ehe bei der Erbschaft seines Vermögens concurriren; in einem oder dem anderen Falle bleibt aber der Vater Vormund seiner Kinder, so lange sie eines solchen bedürfen, und behält den Nießbrauch des Gutes, muß ihnen dasselbe aber in liegenden Gründen oder mit Bürgen versichern (Stat. III, 3, 4.). Vater und Mutter erhalten aber gewisse Sachen bei der Theilung als Voraus[124]). — Während nun gemeinhin angenommen wird, daß in Hamburg vermöge der mitgetheilten Bestimmungen oder doch durch Herkommen allgemeine Gütergemeinschaft unter Ehegatten gelte und eine noch fortgesetzte Gütergemeinschaft stattfinde[125]), ist dann aber in der neueren Zeit das eine oder das andere wiederholt bestritten worden[126]). — Es fragt sich, was man unter Gütergemeinschaft verstehen will, denn daß die Ehegatten nicht als juristische Person angesehen wurden, daß keine ideellen Theile des Vermögens in der Ehe angenommen wurden, und noch weniger, daß der Mann alleiniger Eigenthümer war[127]), wird man wohl zugeben müssen. Uebrigens kommen die gesetzlichen Bestimmungen über die Güterverhältnisse nach getrennter, beerbter sowohl als unbeerbter Ehe, erst zur Anwendung, wenn nicht etwa in einem Ehevertrage (Ehepacten) etwas anderes bestimmt worden ist (Stat. II, 11, 11.). Den Mittelpunkt der Eigenthümlichkeiten des Hamburgischen Erbrechtes macht auch noch in seiner jetzigen Gestalt das Fortbestehen eines Erbgutssystemes aus. Unter Erbgütern versteht man aber Alles — nicht etwa blos unbewegliches, sondern auch bewegliches Gut — was jemand von seinen Eltern oder Blutsverwandten ererbt hat, oder womit er von denselben ausgesteuert oder berathen worden ist (Stat. III, 1, 7 und 8.). Die Veräußerung der Erbgüter in specie ist unbeschränkt, denn es kommt jetzt nur noch auf die Quantität, den Werth an, und es gilt daher die Regel, daß das Erbgut noch als vorhanden zu betrachten ist, wenn das Wohlgewonnene weniger betragen würde, falls das Erbgut noch da wäre[128]). Erbgut nun kann man seinen Intestaterben (auch wenn diese aus einer anderen

---

123) Gries, Commentar Bd. 2, S. 285—301; auch Westphalen das. S. 68 flg.

124) Gries, Commentar Bd. 2, S. 243—284.

125) Klefecker a. a. O. Bd. 4, S. 83 u. 457 flg., wo auch mehrere Dissertationen angeführt sind. Busch, Zusätze zu seiner Darstellung der Handlung III. 171. Hasche, Commentar zur Fallitenordn. Bd. 2, S. 250 flg. — Mittermaier, Privatrecht (5. Aufl.) S. 885.

126) S. schon bei Hasche a. a. O. Cropp in Heise und Cropp, Abhandlungen Bd. 2, N. 16, und Gries, Commentar Bd. 2, S. 86 flg.

127) Darauf will die Gütergemeinschaft jetzt zurückführen L. Dunker, das Gesammteigenthum (Marburg 1842), S. 218 flg.

128) Gries, Commentar Bd. 2, S. 143.

Familie, als aus welcher das Erbgut herrührt, sind, z. B. bei kinderloser Ehe) nicht entziehen, und nur über wohlgewonnenes Gut kann man testiren. Erbe ist aber auch nach noch geltendem Hamburgischen Rechte derjenige, welcher das erhält, was aus der Verlassenschaft nach Zahlung der Schulden übrig bleibt. Bei diesen Andeutungen müssen wir es hier bewenden lassen[129]).

Die vorzüglichsten Hamburg eigenthümlichen dem Handelsrechte angehörigen Gesetze sind, außer den bereits bei einer angeführten Mäklerordnung vom 9. Dec. 1824 und der neuen Fallitenordnung vom 31. Aug. 1753 erwähnten[130]): Die Wechselordnung v. 12. März 1711[131]), wodurch der 7. Titel des 2. Buches der Statuten außer Kraft gesetzt ist. Die das Seerecht umfassenden Titel 13—19 des zweiten Buches des Stadtrechtes, welche außer durch einige specielle Verordnungen besonders durch der Stadt Hamburg Assecuranz- und Havarieordnung vom 10. Sept. 1731[132]) theils antiquirt, theils modificirt worden sind. Der neueren Zeit gehört nur an die Verordnung wegen der bei Errichtung, Veränderung und Aufhebung von Handelssocietäten, Handlungsfirmen u. s. w. bei dem Handelsgerichte zu machenden Anzeige vom 15. Oct. 1835[133]). Das Bedürfniß einer neuen Handelsgesetzgebung ist schon lange empfunden und hat sich namentlich in Beziehung auf das Wechselrecht im vorigen Jahrhunderte geltend gemacht. 1792 bereits sind erschienene Materialien zu einem vollständigen und systematischen Wechselrechte mit besonderer Beziehung auf Hamburg und im J. 1829 ist wiederum ein Entwurf einer Hamburgischen Wechselordnung (44 S., 4.), jedoch ohne irgend eine Publicität zu erhalten, als Manuscript gedruckt worden. Reiche Vorarbeiten zu einer dereinstigen Handelsgesetzgebung sind nunmehr auch in den Erkenntnissen des Handelsgerichtes und Oberappellationsgerichtes enthalten. — Die Hamburgischen Juristen haben sich vorzugsweise mit dem Handelsrechte beschäftigt; unter den größeren Werken, welche besonders auch das in Hamburg geltende Handelsrecht berücksichtigen, sind zu nennen: M. Pöhls, Darstellung des gemeinen teutschen und des Hamburgischen Handelsrechtes, 4 Bde. Hamb. 1828—1832. F. Langenbeck, Anmerkungen zum Hamb. Schiff- und Seerechte, 2. Aufl. Hamb. 1740. 4. W. Beneke, System des Assecuranz- und Bodmereiwesens (Hamb. 1805 flg.), 5 Bde. Archiv für das Handelsrecht, herausgegeben von einigen Hamb. Rechtsgelehrten (Hamb. 1819), 2 Bde. 8. Rechtsfälle

129) Ein Abriß des Erbrechtes nach den älteren Stadtbüchern von 1270, 1276 und 1497 findet sich in Gries, Comment. Bd. 2, S. 111 flg.

130) Nebst den Additionalartikeln und späteren Ergänzungen neu gedruckt. Hamb. 1823.

131) Dieselbe bei Klefecker, Sammlung Hamburg. Gesetze Th. 6, S. 378—390, und die ergänzenden Verordnungen daselbst S. 293—394 und Th. 3, S. 686—691 Hamb. Verordnungen. Vgl. Pöhls, Handelsrecht Bd. 2, S. 21. Westphalen, Hamburgs Verfassung Bd. 2, S. 100.

132) Bei Klefecker a. a. O. Bd. 1, S. 28.

133) Pöhls a. a. O. Bd. 3, S. 36, Bd. 4, S. 18. Westphalen a. a. O. S. 101.

aus dem Gebiete des Handelsrechtes mit Entscheidungen des Hamb. Handelsgerichtes (Hamb. 1837), 2 Thle., 8., und endlich mehrere treffliche Abhandlungen in der von Heise und Cropp herausgegebenen Sammlung.

Von der Organisation der Gerichte war oben die Rede; das gerichtliche Verfahren in Civilsachen ist im wesentlichen das gemeinrechtliche[134]), bietet indeß gar manche, fast bei jedem der Hamburgischen Gerichte eigenthümlich gestaltete Modificationen dar. Schon in den Ordnungen des Nedderstein Gerichtes zeigt sich das Streben, das herkömmliche altteutsche Verfahren den gemeinen beschriebenen Rechten gemäß zu modificiren. Der schriftliche Prozeß, der anfangs nur und zwar zunächst vor dem Senate neben dem mündlichen zugelassen wurde, gewann immer mehr die Oberhand. Er ist jetzt in den meisten Gerichten (dem Nieder-, Ober-Oberappellationsgericht) herrschend, doch in einer Weise, daß man noch die ehemalige Mündlichkeit an den Formularresten erkennen kann. Das großentheils mündlich-öffentliche Präturverfahren verdiente von einer geschickten Feder plastisch und dramatisch als Curiosum dargestellt zu werden. In würdiger Weise wird öffentlich-mündlich beim Handelsgerichte verhandelt. Die topischen Quellen sind der größtentheils hierher gehörige erste Theil des Stadtrechtes von 1603; die revidirten Gerichtsordnungen von 1622, 1632 und von 1645[135]). Das weitausführliche Project einer revidirten Gerichtsordnung erhielt nie gesetzliche Kraft[136]). Es kamen aber zu den obigen noch hinzu: Verordnungen über das auf den Dielen zu beobachtende Verfahren von 1724, 1754, 1784[137]), so wie die Verordnung zur Abkürzung der Prozesse vom 21. Mai 1802; und aus der neueren Zeit die bereits angeführten Verordnungen wegen Reorganisation der Gerichte vom 24. Dec. 1815, die Handelsgerichtsordnung vom 15. Dec. 1815, die (provisorische) Appellationsgerichtsordnung und die Appellabilitätsordnung vom 15. Febr. 1821 und (die definitive) vom 10. Aug. 1831[138]). Wissenschaftlich ist in neuerer Zeit der Civilprözeß mit besonderer Rücksicht auf Hamburg nicht behandelt worden; außer einer Zahl Dissertationen, welche sich dem ersten Theile des Stadtrechtes anschließen[139]), einigen älteren und größtentheils veralteten Schriften, existirt nur Anderson's weitschweifiger Commentar zu dem ersten Titel der Statuten und was Klefecker in seiner Weise gegeben hat[140]). Den Zustand der Hamburgischen Criminalgesetzgebung hat Hudtwalker in

---

134) Westphalen, Hamburgs Verfassung Bd. 1, S. 225 flg.
135) Diese abgedruckt in Anderson, Hamb. Privatrecht Bd. 3, S. 26—55.
136) Ebendas. S. 57—257.
137) Klefecker a. a. O. Bd. 2, S. 1033, Bd. 4, S. 1949.
138) S. Westphalen a. a. O. S. 273.
139) Dieselbe genannt bei Anderson, Hamb. Privatrecht B. 1, 2, S. 40 flg.
140) Sammlung Hamb. Gesetze Bd. 3, S. 363 flg.

einem eigenen Aufsatze geschildert[141]), dem wir hier auch im wesentlichen folgen. Kein Zweig der Gesetzgebung war, sagt der genannte Verf. 1822 — und ist kann man noch jetzt sagen — seit geraumer Zeit so dürftig behandelt worden, als die Criminalgesetzgebung. Seit Abfassung des neuen Stadtrechtes im J. 1603 ist nichts irgend wesentliches dafür geschehen. Das 4. Buch desselben ist daher die fast einzige und wenig mehr anwendbare Rechtsquelle. Es sind die Bestimmungen desselben theils aus der Carolina wörtlich, theils in mißlungener Abkürzung, oft mit Schärfung der Härte derselben, entnommen, theils sind sie aus älteren Stadtrechten, besonders dem von 1497, übertragen, mit einigen sparsamen eigenthümlichen Vorschriften. Ein zusammenhängendes Gesetz über den Criminalprozeß gibt es gar nicht. Das Statut hat in Beziehung auf denselben sehr dürftig aus der Carolina geschöpft; was es enthält, ist meist jetzt unanwendbar, Alles beruht daher auf dem gemeinen Rechte und einer zum Theil abweichenden Praxis, welche sich neben demselben gebildet hat. Der Prozeß ist seinem Grundprincipe nach inquisitorisch, wenn gleich die Form häufig accusatorisch ist. Dem Senate steht die Handhabung der Strafjustiz verfassungsmäßig zu. Von ihm geht die eigentliche Instruction der Sache aus und er läßt sie — durch die Actuarien bei der Polizei — bis dahin fortführen, daß nach seiner Ansicht der Spruch erfolgen kann. Dieser Spruch ist entweder bei unerheblichen Sachen oder wenn sich der Angeschuldigte der Cognition des Senates unterwirft, ein Endurtheilspruch in erster und letzter Instanz oder eine Verweisung der Sache zum fiscalischen Prozesse. In diesem Falle wird der Inculpat ad articulos vernommen. Der Fiscal verfaßt die Anklage, und sie wird mit den übrigen Acten dem Niedergerichte, welches in erster Instanz zu sprechen hat, übergeben. Das articulirte Verhör wird, damit der Inquisit sich darüber erkläre, in öffentlicher Audienz verlesen, und so geschieht auch nachmals mit der Anklageacte und Defensionsschrift. Der Fiscal muß von der niedergerichtlichen Findung allemal pro confirmanda sententia an den Senat, der nach Stimmenmehrheit (so daß die kaufmännischen Senatoren hierbei den rechtsgelehrten völlig gleichstehen) in letzter Instanz entscheidet[142]).

Wir haben bisher eigentlich nur die Rechtsverfassung der Stadt Hamburg geschildert und es findet dieses keineswegs Alles auf die Vorstädte und das Landgebiet der Stadt Anwendung. Die Vorstädte sind erst in neuester Zeit mit zum Stadtverbande in der Weise gezogen, daß die Bewohner zum Stadtbürgerrechte zugelassen worden sind und den in den Vorstädten wohnenden Stadtbürgern, wenn sie erbgesessen sind, das Recht verliehen ist, die Bürgerversammlungen zu besuchen. Das Land-

141) Im neuen Archive des Criminalrechtes Bd 6, S. 403 flg.

142) S. Ueber die wichtigsten Mängel unserer Polizeiverfassung und unseres bisherigen Criminalverfahrens, nebst Vorschlägen zu einer vernünftigen Reform. Hamburg 1835. 8. Da diese kleine Schrift nur in wenigen Exemplaren abgezogen worden war und nicht mehr zu haben ist, so haben sich die Herausgeber der neuen Hamburgischen Blätter ein Verdienst durch Mittheilung eines Auszuges in N. 48, 49, vom J. 1842, erworben.

gebiet stehe aber fortwährend in einem Unterthanenverhältnisse gegen die Stadt. Die Verwaltung ist aber ungeachtet der in neuerer Zeit in Beziehung auf das Hamburg privative zustehende Gebiet — mit Ausschluß des Amtes Ritzebüttel, welches ein für sich bestehendes Rechtsganzes, dem ein Senator als Amtmann je auf 6 Jahre vorgesetzt ist, ausmacht — eingetretenen Vereinfachung, zufolge welcher es in zwei Verwaltungsbezirke (die Landherrschaft der Geestlande und der Marschlande) eingetheilt ist, so verschieden organisirt, es bestehen so mannigfache Gesetze und Anordnungen, daß eine Darstellung in wenig Zeilen nicht möglich ist und wir uns daher mit einer Verweisung auf Westphalen, sorgfältige Auseinandersetzung Bd. 2, S. 332—412, begnügen müssen; womit dann in historischer Beziehung besonders der 11. Band von Klefecker's Sammlung Hamb. Gesetze und Verfassungen zu verbinden ist. Wilda.

Handel. Handelsbücher. Handelsgesellschaften. Handelspersonen. — I. Handel ist der gewerbsmäßige Verkehr durch Einkauf und Verkauf von solchen Gegenständen, bei denen die factische Möglichkeit einer Concurrenz von Käufern der Regel nach stattfindet; womit denn auch die Möglichkeit einer Concurrenz von Verkäufern verbunden zu sein pflegt. — Das Charakteristische der Thätigkeit des Handeltreibenden ist also: daß er sich dem Publicum als ein solcher, der aus ihr seinen Beruf macht, darstellt, daß er sie des Erwerbes wegen übt, und daß er die Gegenstände derselben nicht selber, selbst nicht gewerbmäßig durch Verwandlung in andere, verbraucht. Gewöhnlich sind diese Gegenstände von der Art, daß sie als Gegenstand eines Verbrauches angesehen werden und nicht solche, mit denen sich die Idee einer dauernden Einrichtung verbindet. Man kann mit Vieh, mit Fabrikgeräthschaften, mit Büchern und mit Baumaterialien Handel treiben, nicht wohl aber mit Viehheerden, Fabriken, Bibliotheken oder Gebäuden. — Die Gegenstände des Handels heißen: Waare, oder Handelsartikel. — Der Verkehr des Handeltreibenden besteht im Umsatze der Waare, d. h. Anschaffung und Veräußerung derselben mit gegenseitiger Rücksicht aufeinander. Der Zweck dieses Umsatzes, durch denselben mit Benutzung der Umstände und der aus denselben resultirenden Folgen für den Verkehr, der Conjunctur, zu gewinnen, ist die Handelsspeculation. — Die Conjunctur äußert sich durch Nachfrage und Angebot, deren Zusammentreffen den Markt bildet. Jene ist dem Verkaufe, diese dem Einkaufe günstig. Zur Vollendung der Speculation gehört ein Speculations- und ein Realisationsgeschäft. Für denjenigen, der auf das Steigen des Preises speculirt, ist jenes ein Einkauf, dieses ein Verkauf. Wer aber das Fallen erwartet, kann genau genommen gar nicht speculiren, sondern nur durch Verkauf realisiren oder Schaden abzuwenden suchen; es sei denn, daß er zu niedrigerem Preise wieder einzukaufen gedächte, in welchem Falle er durch Verkauf speculirt und durch Einkauf realisirt. — In Beziehung auf die Waare überhaupt ist der Mensch entweder Consument oder Producent. Producent, wiewohl nicht Urproducent, ist auch der Fabrikant und der Handwerker, insofern er eine

neue Species hervorbringt. — Es ist aber nicht nothwendig beides zugleich, namentlich nicht in Ansehung desselben Gegenstandes. Dieß führt zu einem Verkehre zwischen den Consumenten und Producenten, wodurch diese jenen die Gegenstände ihrer Bedürfnisse mittheilen. So lange sie diesen Verkehr unmittelbar untereinander betreiben, es sei nun durch das Geschäft des Tausches, des Kaufes oder etwa der Schenkung, gibt es noch keinen Handel. Er findet erst statt, wenn ein Dritter zwischen sie tritt und es zu seinem besonderen Geschäfte macht, den Verkehr zwischen ihnen zu vermitteln, indem er sich dem Producenten gegenüber des Verkehrsgeschäftes des Consumenten, und umgekehrt, bemächtigt. Die Hindernisse, welche Entfernung, Mangel an Bekanntschaft, die Unmöglichkeit einer steten Bereitschaft zu solchem Verkehre für denjenigen, der keinen Beruf von demselben macht, jenem unmittelbaren Verkehre entgegensetzen, haben schon in den frühesten Zeiten der Geschichte die Vermittelung desselben durch den Handel herbeigeführt[1]). — Drei Stufen dieser Vermittelung lassen sich als die hauptsächlichsten betrachten: 1) ein und derselbe Vermittler verkehrt in Ansehung desselben Gegenstandes sowohl mit dem Producenten, als mit dem Consumenten; 2) ein Vermittler verkehrt mit jenem, der andere mit diesem, und beide wieder untereinander; 3) ein Vermittler handelt durch zwei andere, von denen der eine mit dem Producenten, der andere mit dem Consumenten verkehrt, die aber beide wiederum mit ihm verkehren. — Im ersteren Falle läßt sich die Vermittelung des Handeltreibenden nur dann, wenn Producenten und Consumenten desselben Handelsartikels sich in einer gewissen Nähe befinden, ohne Reisen des Handeltreibenden bewerkstelligen. — Dieß ist denn auch die Art, wie in der älteren Zeit, wo es an regelmäßigen Communicationsverbindungen zwischen entfernteren Orten durch Posten oder ähnliche Anstalten fehlte, der Handel betrieben wurde. Zur Beförderung und Erleichterung dieses Betriebes dienten zunächst die Messen und Jahrmärkte, nämlich Versammlungen der Handeltreibenden zu voraus bestimmten Zeiten an gewissen Orten zum Zwecke des Verkehrs. — Im zweiten Falle dahingegen ist, wenn Consumenten und Producenten sich an verschiedenen von einander entfernten Orten befinden, der Handelsbetrieb auch ohne Reisen der Handeltreibenden möglich, sobald ihnen Andere zu ihren Geschäften mit einander, so wie zum Transporte der Waaren, ihre Hilfe leisten. — Im dritten Falle kann einer der Handeltreibenden an einem dritten Orte, nämlich weder an dem des Producenten, noch an dem des Consumenten, sich befinden, wenn ihn andere Handeltreibende unterstützen; in welchem Falle ein Zwischenhandel oder Transitohandel getrieben wird. — Diese weitere Ausbildung

---

1) Die Literatur der Geschichte des Handels findet sich bei: Martens, Grundriß des Handelsrechtes §. 5, Note a. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen teutschen Privatrechtes §. 25, Note 38, in der 6. Ausg. Note 47, §. 530, Note 1. Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das teutsche Privatrecht 2. Ausg., S. 441, 442. Bender, engeres Handelsrecht S. 1—6. Noch ist zu nennen: v. Gülich, geschichtliche Darstellung des Handels (Jena 1830), 2 Bände mit Tabellen.

des Handelsverkehrs erzeugt verschiedene Handelszweige und neben dem eigentlichen Handel manche Hilfsgewerbe des Handels. — Als Handelszweige unterscheidet man folgende. I. Groß- und Klein- oder Detailhandel, auch Handkauf. Wer ersteren betreibt ist Grossist oder Kaufmann im eigentlichen Sinne; wer sich mit letzterem beschäftigt dahingegen Detaillist. — Die Grenze zwischen beiden läßt sich nicht nach einer bestimmten Quantität der Waare, welche Gegenstand ihrer einzelnen Geschäfte sein kann, bestimmen; da dieselbe Quantität nach Verschiedenheit der Waare bald bei jenem, bald bei diesem vorkommen kann. Particularrechtlich hängt die Grenze bald von der Eintragung in die Matrikel der einen oder der anderen Art von Handeltreibenden, und von positiven Bestimmungen[2]) und dem Herkommen ab, bald ist der Kleinhandel zünftig, der Großhandel nicht[3]). Als allgemeines Unterscheidungsmerkmal zwischen Kaufmann und Detaillisten kann man nur dieses aufstellen, daß letzterer unmittelbar mit dem Consumenten verkehrt und diesem auch in den kleinsten, blos zur Befriedigung seines augenblicklichen Bedürfnisses ausreichenden Quantitäten verkauft; beides vereint, oder letztes, aber bei dem Kaufmanne nicht stattfindet. Auch pflegt der Detaillist, abgesehen von den nachfolgenden Abweichungen, nicht unmittelbar mit dem Producenten zu verkehren, sondern seine Waare von dem Kaufmanne zu beziehen. — Arten des Detailhandels sind: 1) der Kramhandel, welcher durch Feilbieten im offenen Laden und gewöhnlich mit Waaren verschiedener Art betrieben wird und vorzugsweise zünftig zu sein pflegt[4]); 2) der Hausirhandel, bei dem der Händler mit seiner Waare umherzieht und den Consumenten aufsucht; 3) der Höckerhandel, worunter man auf dem platten Lande zuweilen den Krämerhandel, in den Städten aber gewöhnlich den Handel mit, häufig von den Producenten unmittelbar angekauften, als Nahrungsmittel dienenden Landesproducten versteht; 4) der Trödelhandel, welcher mit gebrauchten Utensilien und durch Aufkauf von denjenigen, welche sich derselben zu entledigen wünschen oder dazu genöthigt sind, betrieben wird. — Den Jahrmärkten ist der Detailhandel eigenthümlich, auf Messen aber, wo man sie von den Jahrmärkten unterscheidet, wird auch Großhandel getrieben. — II. Binnenhandel und auswärtigen Handel; je nachdem er zwischen Producenten und Consumenten vermittelt, welche einen und denselben Landstrich bewohnen, oder zwischen solchen, die verschiedenen Landstrichen angehören. Jedoch kann auch der auswärtige Handel mit einem Handel zwischen Kaufleuten desselben Landstriches in Verbindung stehen, und mit diesem vereint einen Transitohandel bilden. — III. Einfuhrhandel: der auswärtige Handel in Beziehung auf

---

2) Z. B. erscheinen als Detaillisten, welche mit der Elle und (kleinen) Wage verkaufen, oder in offenem Laden oder in Partien unter 30 fl. an Werth, wie in Württemberg. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 531, Note 4 flg.

3) Z. B. nach dem württemb. revid. Gewerbegesetze v. 5. Aug. 1836, §. 105.

4) Z. B. in Hamburg, wo die Innung das Krameramt heißt.

das Land des Consumenten; Ausfuhrhandel: der auswärtige Handel in Beziehung auf das Land des Producenten. — IV. Activhandel: der auswärtige Handel in Beziehung auf dasjenige Land, welches die dazu erforderlichen Vermögenskräfte zunächst, es sei nun allein oder vorzugsweise, hergibt; Passivhandel dahingegen in Beziehung auf dasjenige Land, welches sie zunächst empfängt. Jener begründet auf seiner Seite Forderungen, dieser auf der seinigen Verpflichtungen. Der Ausfuhrhandel ist regelmäßig Activhandel; der Einfuhrhandel kann es nur werden, wenn Einkaufspreis und Transportkosten schon vor der wirklichen Einfuhr aufgewendet werden. — V. Landhandel und Seehandel; je nachdem der Waarentransport über Land- oder Binnengewässer, als Seen, Flüsse, Canäle geschieht, oder über See. — VI. Auszuzeichnen ist noch der Buchhandel; und zwar in juridischer Beziehung nicht so sehr seines Gegenstandes, als der Betriebsart wegen, wodurch derjenige Zweig desselben, den man Verlagshandel nennt, sich charakterisirt. Denn einestheils ist derselbe mit einem Vertrage verbunden, wodurch der Buchhändler, hier Verleger genannt, sich der Hilfeleistung eines Auctors eines Buches bedient, die darin besteht, daß dieser eine Rede an das Publicum richtet, und dem Verleger in einem Manuscripte das Mittel liefert, diese Rede durch den Druck und in einem Buche verkörpert dem Publicum feil zu bieten[5]), wogegen der Verleger sich dem Auctor zu dieser Feilbietung verpflichtet. Anderentheils gehört zu demselben auch die Production oder Fabrikation des Buches, welche rechtlich als eine Thätigkeit des Verlegers selber erscheint, wenn er sich auch dazu der Hilfeleistung des Druckers bedient. — Demnach ist dieser Handel kein reiner Handel; erst der Sortimentshandel ist es, der sich mit den Erzeugnissen fremden Verlages beschäftigt. Auch läßt sich beim Buchhandel kein Groß- und Kleinhandel unterscheiden, weßhalb denn auch die Benennung: Kaufmann, hier nicht vorkommt. — Eine besondere Art des Buchhandels bildet indeß der antiquarische, der mit gebrauchten Büchern betrieben wird, und dem Trödelhandel angehört. — VII. Der Handel mit Staatspapieren[6]) zeichnet sich dadurch aus, daß der Verbrauch der Waare, womit er sich beschäftigt, allein in dem Umsatze derselben besteht, und sich bei ihm eine vorzügliche Ausbildung der Speculation in den Vertragsarten, durch welche er betrieben wird, an den Tag legt. — Staatspapiere sind Urkunden über Darlehnsschulden eines Staates, welche bei Staatsanleihen dem eine solche vermittelnden Banquier überliefert zu werden pflegen, um durch ihre Veräußerung den Betrag der Anleihe aufzubringen[7]). — Wiewohl sie auf

---

5) In der Ueberlieferung des Manuscriptes allein wird man die Leistung des Auctors beim Verlagsvertrage nicht finden dürfen. Ueber diesen Vertrag: Mittermaier a. a. O. §. 296. Vgl. den Art. Buchhandel.

6) Ueber diesen: Bender, über den Verkehr mit Staatspapieren. Heidelberg 1830. Thöl, der Verkehr mit Staatspapieren. Göttingen 1835.

7) Neben einer Hauptobligation über die ganze Anleihe bekommt der Banquier noch Partialobligationen, die Staatspapiere. Bei Anleihen mediatisirter Fürsten

eine bestimmte Summe lauten, so verschafft das größere oder geringere Zutrauen des Publicums zu der Solvenz des Staates, der Staatscredit, ihnen doch regelmäßig einen von dieser Summe, dem Nominalwerthe, verschiedenen und wechselnden Verkehrswerth oder Cours. — Sie lauten bald auf einen bestimmten Gläubiger, bald auf jeden Inhaber (au porteur); sind bald zinsentragend, bald nicht; bald aufkündbar, bald unaufkündbar; bald ist die Zeit ihrer Einlösung durch Ausbezahlung bestimmt, entweder absolut, z. B. wenn mit der jährlichen Rente, welche sie tragen, immer ein Theil des Capitales zurückbezahlt wird (Annuitäten), oder bedingt, z. B. nach den Resultaten von zu gewissen Zeiten vorzunehmenden Verloosungen. — Ihr Ankauf kann demnach geschehen, um den Betrag des Capitales oder der Zinsen seiner Zeit einzuziehen, oder um durch ihre Wiederveräußerung unter Benutzung des Courswechsels Gewinn zu machen. — Nur von diesem letzteren Gesichtspunkte aus sind sie Gegenstand eines Handels, sie mögen au porteur oder auf einen bestimmten Gläubiger lauten, wiewohl letzteres ihre Uebertragbarkeit allerdings verringert. — VIII. Auf gleiche Weise, wie die Staatsschuldscheine, kann auch das Geld ein Gegenstand des Handels oder eine Waare werden. — Geld ist ein Gegenstand, der den Gegensatz der Waare bildet, an sich zwar, als Geld betrachtet, keinen selbstständigen Werth hat, aber dennoch ein für jeden gleiches Werthmaß bildet, nach dem der Werth aller übrigen Gegenstände bemessen wird. Denn der Werth des Geldes hängt von der Masse der Lebensbedürfnisse ab, die man dafür bekommen kann, eben weil es den Werth dieser letzteren vertritt, insoweit man sie dafür bekommen kann; aber eben deßhalb, weil es den Werth jeder Art von Lebensbedürfnissen vertritt, dient es zum gleichen Werthmaße für alle. Dieses Werthmaß wird ihm durch die mit dem Münzrechte bekleidete öffentliche Auctorität beigelegt, es wird dadurch zum allgemeinen vergeltenden Verkehrsmittel constituirt, und gehört wegen der Gleichheit des Maßes jedes einzelnen Stückes derselben Sorte zu den fungiblen Dingen[8]). Unter verschiedenen Geldsorten kann aber, ungeachtet der verhältnißmäßigen Gleichheit ihres Werthmaßes, wiederum eine Werthverschiedenheit von quantitativ oder dem Werthmaße nach absolut gleichen Stücken stattfinden, die davon abhängt, ob die eine Sorte im Verkehre leichter Abnehmer findet als die andere, man also für ein Werthmaß der einen Sorte Lebensbedürfnisse gleicher Güte leichter oder in größerer Quantität bekommen kann, als für ein gleiches Werthmaß der anderen Sorte. — So bildet sich ein besonderer Verkehrswerth der verschiedenen Geldsorten im Verhältnisse zu einander, der Geldcours genannt; und so wird die Möglichkeit hervorgerufen, die eine Geldsorte im Verhältnisse zu der anderen als Waare zu betrachten. Denn es kann nun die eine Geldsorte um ihres Courswerthes willen Gegenstand

---

pflegt er indeß nur Eine Obligation zu erhalten, aber selber über den Betrag der Anleihe wiederum theilweise Obligationen auszustellen.

8) So schon L. 1. pr. D. de contrahenda emt. (18. 1.) Vgl. §. 2. J. de emt.

des Verkehrs sein und die Bedeutung des Vergoltenen erlangen, während die andere ihr gegenüber das vergeltende Mittel sie zu erlangen bildet. — Das Geld ist entweder Metallgeld oder Münze, oder aber Papiergeld. Ersteres hat auch einen sogen. inneren Werth, welcher von der Schwere der Stücke (Schrot) und von der Gattung, so wie von der Qualität oder Feinheit des Metalles (Korn) abhängt. Letzteres hat, wie Staatspapiere, einen Nominalwerth, der aber dem inneren Werthe der Münze in dem Staate, der das Papiergeld emittirt hat, gesetzlich gleichgestellt ist. Dadurch unterscheidet es sich in Ansehung seines Werthes von dem Staatspapiere au porteur, und es steht in so weit, als diese gesetzliche Gleichstellung wirksam wird, der Münze, dahingegen wo sie nicht wirksam wird, z. B. im Auslande, dem Staatspapiere gleich. In Ansehung des Geldhandels lassen sich zwei Arten von Gewerben unterscheiden: das Banquiergeschäft und das Wechselgeschäft, deren Verschiedenheit der zwischen Groß- und Kleinhandel ähnlich ist. — Das Gewerbe des Wechslers, auch Hand- oder Kleinwechsel, cambium minutum genannt[9]), besteht in dem Umsatze von Geld gegen Geld um eine Belohnung, die Wechsel- (Wechsler-) Courtage genannt[10]); und ein Gewinn durch Coursdifferenz des Geldes, oder Agio, ist dabei nur zufällig. Denn in der Bedeutung des Wechselgeschäftes liegt es nicht, eine Veränderung im Course zu erwarten, um das zum niedrigeren Course eingewechselte Geld zum höheren Course auszuwechseln; es kann aber dabei eintreten, daß zu einem anderen Course ausgewechselt wird, als eingewechselt worden. — Setzt jemand nicht als Wechsler Geld gegen Geld um, so läßt sich dieser Umsatz als ein selbstständiges Erwerbsgeschäft nur zu dem Zwecke denken, um durch die Coursdifferenz zwischen der Zeit des Einhandelns und des Verhandelns zu gewinnen. — Das Hauptgeschäft des Banquiers pflegt darin zu bestehen, Geld gegen Forderungen umzusetzen, wiewohl regelmäßig nur gegen solche Forderungen, welche an Umsetzbarkeit dem baaren Gelde gleichstehen, wie Staatspapiere und Wechsel, wohin auch namentlich der Fall gehört, wenn er auf andere Orte gezogene Wechsel verkauft (sogen. realer Wechselhandel im engeren Sinne); wobei er seinen Gewinn theils in einer Provision für die Herbeischaffung des Geldes, die Geldnegociation, theils in der Coursdifferenz findet. Bei Wechseln, d. h. Privatschuldpapieren, die selber den Verpflichtungsgrund der Forderung, auf welche sie lauten, bilden und nach Wechselrecht realisirbar sind, tritt eine Coursdifferenz nur zwischen der Zeit des Verfalles und früheren Zeiten ein, welche nach jährlichen Procenten von dem Werthe der Verfallzeit berechnet und von

9) S. Martens, Grundr. §. 55.

10) Man findet diese Courtage zuweilen nur als eine Belohnung des Wechsel- oder Geldmäklers angeführt, während beim Wechsler davon geschwiegen und nur einer in dem Agio schon mit berechneten Vergütung für das Zählen gedacht wird (vgl. Ludovici, Kaufmannslexikon, vom Wechselhandel). Da indeß der Wechsler als solcher keinen anderen Erwerb von seinem Geschäfte haben kann, als eine Vergütung, es sei nun für den Umsatz oder das Zählen, so wird sie sich der Sache nach immer beim Handwechsel finden.

diesem Werthe unter dem Namen des Disconto gekürzt wird. — So wie der Geldhandel als ein besonderer Handelszweig erscheint, durch welchen der Geldumsatz auch für die übrigen Handelszweige erleichtert und gefördert wird; so wird der Waarenumsatz IX. durch den Commissionshandel erleichtert und befördert, indem der Commissionär gegen eine Provision für andere Handelszweige, die dann im Gegensatze zu ihm dem Proprehandel angehören, den Einkauf oder Verkauf von Waaren besorgt. (S. den Art. Commissionshandel.)

Der Handeltreibende bedarf ferner zur Betreibung seines Geschäftes der Hilfeleistung Anderer, die selber dadurch keinen Handel treiben. Diese können ihre Hilfe entweder durch Rechtsgeschäfte (negotia), welche sie selber im Interesse des Handeltreibenden eingehen, oder durch Dienstleistungen, gewähren. — Eine Person der ersteren Art ist der Spediteur, welcher den Weitertransport von Waaren durch Abschluß von Verträgen mit Schiffern und Fuhrleuten, durch Verlegung von Zoll- und Durchgangsabgaben, durch Zahlung von Frachten u. s. w. befördert, wozu denn auch freilich eine gewisse Sorge für die Erhaltung der Waare selber kommt. Dieses Hilfsgewerbe bezeichnet man als Speditionshandel (s. diesen Art.). — Die Gehilfen der letzteren Art haben entweder ihre Dienste einer gewissen Art dem Handeltreibenden für eine gewisse Zeit vermiethet, oder sie treiben ein eigenes Gewerbe. Die ersteren, z. B. Factoren, Buchhalter, Commis, Ladendiener, Lehrlinge, sind für die Handelsgeschäfte nur insofern von besonderer rechtlicher Bedeutung, als sie durch ihre Handlungen den Handeltreibenden berechtigen und verpflichten (s. unten: Handelspersonen). Die letzteren, z. B. Schiffer, Fuhrleute u. s. w. haben eine solche besondere rechtliche Bedeutung nur, insofern ihr Gewerbe eigentlich für den Handel geschaffen ist. Hierher gehören die Mäkler, welche die dem Handel angehörigen, bisweilen auch nur die mit demselben in Verbindung stehenden Rechtsgeschäfte, z. B. Assecuranzverträge, gegen eine nach Procenten berechnete Belohnung, die Courtage, einleiten und zum Abschlusse bringen, ohne selber Subjecte derselben zu sein. Sie bedürfen zu ihrem Gewerbe zuweilen besonderer Auctorisation der Regierung und einer Beeidigung auf dasselbe.

Alle Rechtsangelegenheiten nun, welche aus dem Betriebe der vorgedachten Handelszweige, mit Einschluß des Speditionshandels und des Mäklergewerbes, unter den Handeltreibenden entstehen, sind Handelssachen. — Allein nach positiven Vorschriften ist das Gebiet der Handelssachen zuweilen weiter, als das Gebiet der Handelszweige. Die Darstellung dieses Verhältnisses setzt aber eine Betrachtung des Handelsrechtes und der Handelsgerichte voraus.

Sieht man auf diejenigen Rechtsnormen, welche die Rechtsinstitute beherrschen und von denen die rechtliche Möglichkeit dieser letzteren abhängt, so kann man von einem besonderen Handelsrechte überall nicht reden. Allein die nach diesen Normen gebildeten, besonders auf den Handel berechneten Institute können einen Zweck, als zu ihrem Wesen gehörig, in sich aufgenommen haben, der ihnen eine besondere Bedeutung verleiht, und zu besonderen hieraus fließenden, blos diesem Institute eigenen

Normen führt. Es kann ferner die besondere Bedeutung, welche kaufmännische Ansicht den Geschäften des Handelsverkehrs beilegt, die Anwendung der allgemeinen Rechtsnormen hier modificirt erscheinen lassen. Aus diesen Momenten kann sich ein besonderes Handelsrecht entwickeln. — Dennoch aber betreffen die ältesten der Quellen, welche man zu den handelsrechtlichen zählt, nicht sowohl den eigentlichen Handel selbst, als vielmehr die Verhältnisse der für ihn vorzugsweise wichtigen Schifffahrt[11]). Das gemeine Recht kennt überall keine besonderen Handelsgesetze. Denn die wenigen Bestimmungen des römischen Rechtes über den iactus, das foenus nauticum, die argentarii, die nundinae, das Zinsennehmen der Handelsleute, die Unstatthaftigkeit des Handelsbetriebes gewisser Personen können als solche nicht gelten, zum Theil nicht einmal ausschließlich den Handelsverhältnissen vindicirt werden[12]). — Auch die Reichsgesetze geben keine andere Ausbeute, als daß sie ein schleunigeres Verfahren, wiewohl nur in Wechselsachen und in anderen gleich liquiden und ein executivisches Verfahren gestattenden Handelssachen, namentlich den Mangel eines Suspensiveffectes der Appellation[13]) und die Giltigkeit besonderer Handelsregeln[14]) anerkennen; so wie es auch den Reichsgerichten zur Pflicht gemacht war, über Handelsgeschäfte das Gutachten von Kaufleuten zu berücksichtigen[15]). Particularrechte enthalten nun zwar schon früh einzelne Bestimmungen über Handelsverhältnisse, wiewohl vorzüglich nur über das Gewerbe im allgemeinen, über Handelsfrauen, über besondere Gerichtsbarkeit in Handelssachen u. dgl., aber umfassende Handelsgesetzgebungen[16]) kennt Teutschland bis jetzt nur in dem preußischen Landrechte[17]) und durch die Reception des französischen Handelsrechtes in einigen Ländern, wie in den überrheinischen[18]) und in Baden; hier jedoch mit Abänderungen und Zusätzen im Anhange zu dem Landrechte[19]). Dadurch wird jedoch die Anwendung der allgemeinen Rechtsbestimmungen in den Handelsverhältnissen nicht ausgeschlossen; es werden diese aber bald als die all-

11) Ueber die Quellen des Seerechtes: Mittermaier a. a. O. (§. 24) §. 26. Pöhls, Handelsrecht III. §. 360—362. Kraut a. a. O. S. 466 flg.

12) Eine Darstellung des römischen Handelsrechtes bei Pardessus, collection de lois maritimes P. 1. (1828.) p. 53—132.

13) J. R. A. §. 107 u. R. G. der R. G. IV. S. 76.

14) Reichsgutachten v. 31. Juni 1668.

15) Kais. Comm.-Decret v. 10. Oct. 1668. Reichsschluß v. 1670.

16) S. die Quellen und Literatur des Handelsrechtes bei: Mittermaier a. a. O. §. 25, §. 44, Note 3. Kraut a. a. O. S. 440, 441. Thöl, Handelsrecht I. §. 5—11. — Beispiele von allgemeinen Hinweisungen auf die Beobachtung kaufmännischen Gewohnheitsrechtes in schweizerischen Statuten aus dem 13. Jahrh. bei Kraut a. a. O. S. 440.

17) Buch II, Tit. 8, Abschn. 7—14, §. 475—2464.

18) Code de commerce in 648 Artikeln, geltend seit dem 1. Januar 1808. Ihm zum Grunde gelegt ist die ordonnance de commerce von 1673 und die ordonnance de marine von 1681.

19) Landrecht des Großherzogthums Baden nebst Handelsgesetzen von 1809. Das zweite und vierte Buch des Code sind hinweggefallen und zu einigen Art. Zusätze gekommen.

gemeine Grundlage des Handelsrechtes betrachtet[20]), bald wird ihnen nur eine subsidiäre Geltung in Handelsverhältnissen gestattet[21]). Der Unterschied zeigt seine Folgen darin, daß im ersteren Falle eine analoge Anwendung der Handelsgesetze ausgeschlossen ist, wo es ausdrückliche Bestimmungen des allgemeinen Rechtes gibt; im letzteren aber nicht. — Dessenungeachtet hat sich das Handelsrecht zu einer besonderen Disciplin der Wissenschaft des gemeinen teutschen Rechtes ausgebildet, und zwar als diejenige, welche die für die Verhältnisse des Handels geltenden Rechtsnormen befaßt und die bei demselben vorkommenden besonderen Rechtsinstitute construirt. Eigenthümliche Hauptquelle für dasselbe sind die Handelsusancen[22]). — Durch diesen seinen Inhalt unterscheidet es sich von den übrigen Handelswissenschaften[23]), unter denen besonders auszuzeichnen sind: die Handelswissenschaft im engeren Sinne: die Lehre von der Art und Weise, den Handel als Gewerbe zu betreiben, also die Lehre von der Bedeutung des Handels und den bei ihm vorkommenden Geschäften, den verschiedenen Hilfsgewerben desselben, und den zu dessen Zwecke bestehenden Einrichtungen; die Handelskunde oder Handelsstatistik: die Lehre von einem gegenwärtigen Zustande des Handelsverkehrs, so von den Nationen und Ländern, zwischen denen diese oder jene Art desselben betrieben wird, von den Waaren, welche in diesem oder jenem Lande mit Vortheil zu beziehen oder abzusetzen sind, welche Begünstigungen oder Beschränkungen in Ansehung des Handels in den verschiedenen Ländern stattfinden, während die Geschichte des Handels einen vergangenen Zustand des Handelsverkehrs und dessen Entwickelung darstellt; die Handelspolitik: die Lehre von den Grundsätzen, durch deren legislative Anwendung oder deren Befolgung im Verhältnisse zu anderen Staaten, namentlich in der Abschließung von Handelsverträgen, die Staaten den Handel ihrer Angehörigen zu sichern oder emporzuheben vermögen; die Lehre von der kaufmännischen Klugheit, welche sich mit Grundsätzen von der Zweckmäßigkeit der Verfahrungsweise in Handelsgeschäften beschäftigt. — Vorzüglich die erstere dieser Wissenschaften, und mit ihr die Lehre von der kaufmännischen Buchführung, ist für eine richtige Einsicht in die Rechtsverhältnisse des Handels von Wichtigkeit. — Mit der zweiten sind verwandt: die Handelsgeographie, die Waarenkunde, die Maß- und Gewichtskunde, die Geldkunde. — Die Beurtheilung handelsrechtlicher Verhältnisse muß sonach manche Kenntnisse erfordern, welche dem Juristen um so weniger zuzuschreiben sind, als ein solcher Grad

---

20) Code de comm. (ed. Paris 1808.) p. V.

21) Bad. Handelsrecht Art. 1.

22) S. Büsch, über Handlungsusancen in Büsch und Ebeling, Handlungsbibliothek Bd. 1, S. 241—271, 660—681.

23) Die Literatur der Handelswissenschaften bei: Kaufmann, Propädeutik zur Cameralistik und Politik (Bonn 1833), §. 298. Baumstark, cameralistische Encyclopädie (Heidelberg und Leipzig 1835), S. 447, 620, und mehrere Nachweisungen bei Thöl, das Handelsrecht (Göttingen 1841), §. 1 u. 2 in der Note.

derselben, der eine sichere practische Anwendung möglich macht, fast nur auf dem Wege der kaufmännischen Geschäftserfahrung erlangt werden kann. Ueberdieß aber wohnt auch die Kenntniß des kaufmännischen Gewohnheitsrechtes oder der Handelsusancen dem Juristen gewöhnlich nicht in ihrem ganzen Umfange bei, so daß Zeugnisse der Kaufleute über dessen Dasein oft Bedürfniß sind, die in schriftlichen Erklärungen, Pareres genannt, ausgestellt zu werden pflegen[24]). — Daher erklärt sich die Entstehung besonderer Handelsgerichte[25]). Die Bestellung einer besonderen Behörde mit einer Handelspolizei und einer gewissen damit zusammenhängenden Gerichtsbarkeit in Handelssachen ist zwar eine alte Einrichtung. Schon die römischen Aedilen sind hieher zu zählen; und die Gemeindebeamten der teutschen Städte waren schon, noch ehe diese eine eigentliche Gerichtsbarkeit erworben hatten, mit solchen Functionen bekleidet[26]). Allein diese bezogen sich doch nur auf den Handel durch Feilhalten am offenen Markte oder in Gewölben, waren auch nicht gerade auf den Handel im eigentlichen Sinne beschränkt, sondern betrafen auch den unmittelbaren Verkehr zwischen Producenten und Consumenten. Auch von den bereits im 12. Jahrh. vorkommenden Hansgrafen lassen sich nur solche und ähnliche Functionen, die sich indeß zugleich auf Zoll- und Geleitswesen erstreckten, nachweisen[27]). — Handelsgerichte indeß, welche collegialisch organisirt und neben den Juristen mit Kaufleuten besetzt sind, gehören in Teutschland[28]) erst der späteren Zeit an. Das seit dem Jahre 1621 bestehende[29]) Leipziger Handelsgericht scheint das älteste dieser Art zu sein[30]). — Die Erreichung ihres Zweckes, die richtige Beurtheilung der Streitigkeiten in Handelsangelegenheiten, hängt natür-

24) Vgl. Thöl a. a. O. §. 5, S. 15—17. — Weiter, nämlich auch für gutachtliche Aussprüche der Kaufleute, nimmt den Ausdruck Parere: Mittermaier a. a. O. §. 25, III.

25) S. über diese: Asser in Mittermaier und Zachariä, Zeitschr. für Rechtsw. des Auslandes IX. 1837, S. 451—465.

26) Z. B. sächs. Weichbild Art. 19.

27) Vgl. Hüllmann, Gesch. des Ursprunges der Stände III. S. 156. Kurz, Gesch. des österreichischen Handels S. 249 flg. — Jedoch finden sich schon aus dem 13. Jahrh. in schweizerischen Statuten Beispiele, daß Streitigkeiten zwischen Kaufleuten von solchen oder von den cives entschieden werden sollen. S. Krant a. a. O. S. 440.

28) Ueber Handelsgerichte im Mittelalter in Spanien, Italien und Frankreich: Meyer, esprit et origine des instit. iudic. III. p. 217. In Frankreich wurden solche durch ein Edict von 1563 eingeführt. — Für Seesachen bestanden schon früh nicht selten Consulargerichte. Ueber diese: Pardessus, collection des lois maritimes préface zu vol. II. p. CXXV. Auch jetzt noch finden sich zuweilen für Seesachen besondere Gerichte, wo es an Handelsgerichten fehlt, z. B. das Brückengericht in Kiel.

29) Vgl. den Art. Handelsgerichte in Rotteck's und Welcker's Staatslexikon.

30) Außerdem bestehen solche in Wien, in Preußen hin und wieder, in München, Augsburg und Nürnberg; in Hamburg nach Gesetz vom 15. Dec. 1815, wo für Seesachen schon seit 1623 ein Admiralitätsgericht bestand. In schwierigen Handelssachen, oder auf Verlangen der Parteien werden Kaufleute als Richter zugezogen in Würtemberg und Frankfurt a. M.

lich davon ab, ob die Individualität ihrer Glieder durch gegenseitigen Austausch der erforderlichen kaufmännischen und juristischen Kenntnisse ein diesen Zweck beförderndes Zusammenwirken gestattet [31]). — Die Competenz dieser Gerichte ist nun zuweilen über das Gebiet des eigentlichen Handels ausgedehnt, und dadurch das der Handelssachen erweitert [32]). Zwei Hauptclassen dieser so geschaffenen Handelssachen lassen sich unterscheiden: 1) Unternehmungen, d. h. Gewerbsarten, welche in das Gebiet der Speculation fallen, jedoch oft nur, wenn sie wenigstens vorzugsweise dem Handel förderlich sind; 2) Verträge über Gegenstände oder Dienste zum Zwecke der Betreibung des Handels oder der ebengedachten Unternehmungen. — Als Vorbild dieser Ausdehnungen ist das französische Handelsrecht zu betrachten [33]), und nach ihm werden, selbst da wo es keine Handelsgerichte gibt, wie in Baden, derartige Sachen zu den Handelssachen gezählt [34]). Ersterer Art sind: Käufe von Waaren und Lebensmitteln, um sie verarbeitet wieder zu verkaufen oder deren Gebrauch zu vermiethen [35]), Uebernahme von Lieferungen, Unternehmungen von Manufacturen, Fabriken, Agentschaften, Geschäftsbüreaux, öffentlichen Versteigerungsanstalten [36]), selbst öffentlichen Schauspielen [37]), Versendungen zu Wasser oder zu Lande [38]), Bauten und Ausrüstungen von Schiffen, Rhedereien, Bodmereien und sämmtliche Assecuranzen [39]), und nach dem niederländischen Handelsgesetzbuche als mit ihnen zusammenhängend: Ansprüche aus An- und Uebersegeln, Rettung und Bergung von Schiffen, Seewurf und Haverei [40]). Zu der zweiten Classe gehören: jeder Kauf von Schiffen, von Takelwerk, Schiffsgeräth und Schiffsproviant [41]), Frachtverträge und Befrachtungen und Vermiethungen von Schiffen [42]), Dienstverträge mit Seeleuten zum Dienste eines Kauffartheischiffes [43]).

---

31) Ueber die Gründe für und gegen die Handelsgerichte: Rotteck u. s. w. Staatslex. a. a. O.

32) So findet sich im Code de comm. die Aufzählung der Handelssachen unter dem Titel: de la compétence des tribunaux de commerce (Art. 631 flg.). Eben so im spanischen und portugiesischen Handelsgesetzbuche.

33) Die vor dem Code de comm. entstandenen Handelsgesetze geben keine näheren Bestimmungen über Handelssachen, z. B. das preuß. Landr., wenn sie dieselben auch nicht auf die eigentlichen Handelsverhältnisse beschränken, z. B. neue Leipz. Handelsgerichtsordn. von 1682 Art. II.

34) Hier besteht denn ihr juridisches Merkmal vorzugsweise darin, daß sie dem Gebiete des Handelsrechtes angehören. Von diesem Gesichtspunkte aus erscheinen sie im bad. Handelsr. Art. 1 flg. und im niederl. H.-G.-B. Art. 2, welches ebenfalls (jetzt, nach Aufhebung derselben) keine Handelsgerichte kennt.

35) C. d. c. art. 632. Vgl. Hamb. Handelsgerichtsordn. Art. 10. — Bad. H.-R. Art. 1 u. 1 a. Niederl. H.-G.-B. Art. 3.

36) C. d. c. art. 632. Vgl. Hamb. H.-G.-O. Art. 10.

37) C. d. c. art. 632. Vgl. bad. H.-R. Art. 1 a.

38) C. d. c. art. 632. Nach niederl. H.-G.-B. Art. 4 nur, wenn sie Kaufmannsgüter betreffen.

39) C. d. c. art. 633. Niederl. H.-G.-B. Art. 4.

40) Niederl H.-G.-B. Art. 5.

41) C. d. c. art. 632. 633. Niederl. H.-G.-B. Art. 3.

42) C. d. c. art. 633. Niederl. H.-G.-B. Art. 4.

43) C. d. c. art. 633. Niederl. H.-G.-B. Art. 4.

Eigenthümliche Bedeutungen der kaufmännischen Verhältnisse entstehen indeß nicht allein durch die eigentliche Handelstechnik, sondern auch theils durch mehr oder minder zur juridischen Geltung gelangende kaufmännische Ansichten (so die Ansicht, daß dem Kaufmanne als solchem und abgesehen von besonderen abgeschlossenen Vertragsverhältnissen gewisse Verpflichtungen in Beziehung auf den Verkehr obliegen, z. B. zur einstweiligen Berücksichtigung des Interesse derjenigen, die sich von anderen Orten mit Geschäftsanträgen an ihn wenden, wenn auch nur durch Ertheilung sofortiger Antwort[44]); besondere Ansichten über Genehmigung der Waare durch den Empfang, z. B. die in Particularrechten zuweilen angenommene Ansicht, daß der Verkäufer nicht weiter hafte, wenn die Waare die Wage passirt sei[45])); theils durch modificirte Traditions- und Zahlungsarten, so wie eigenthümliche Vertragsverhältnisse, namentlich auch beim Kaufe. Ja zuweilen will man auch dem Umstande, ob die Parteien an verschiedenen Orten oder an demselben Orte wohnen, Einfluß auf das Wesen der Verhältnisse gestatten; so beim Commissionsgeschäfte. — Manche dieser eigenthümlichen Gestaltungen werden sich unten bei den Handelsbüchern, Handelsgesellschaften und Handelspersonen zeigen. — Auszuzeichnen sind hier: die verschiedenen Arten des Kaufes. Der Verkauf Zug um Zug, bei dem Uebergabe der Waare und Zahlung des Preises, so weit möglich, gleichzeitig geschehen muß. Dieß versteht sich zwar beim gewöhnlichen Kaufe schon von selber. Allein wenn es nicht ausdrücklich bedungen ist, so gestattet der Handelsverkehr oft Zahlungsfristen[46]). Es bedarf also dann besonderer Verabredung, um den Verkauf zwischen Handelsleuten in dieser Beziehung unter die gewöhnlichen Grundsätze zu bringen. Da aber vollkommene Gleichzeitigkeit beider Leistungen factisch unmöglich ist, so frägt es sich, wer mit der feinseitigen Leistung beginnen muß. Erwägt man, daß die Gesetze nur von dem Verkäufer sagen: rem venditam, pretio non soluto, quasi pignus retinet, und daß sie den Käufer schon dann als in mora betrachten, wenn auf Seiten des Verkäufers kein Hinderniß der Uebergabe mehr obwaltet[47]), so muß man sich dafür erklären, daß der Käufer mit der Zahlung des Preises beginnen muß[48]). Nicht gleichbedeutend da-

---

44) Am wichtigsten wird dieß, wenn demjenigen, der sich mit Commissions- oder Speditionsgeschäften zu befassen pflegt, Waaren zugesendet werden, unter der Voraussetzung, daß er die Commission oder Spedition übernehmen werde, er aber darauf einzugehen nicht geneigt ist.

45) Vgl. Thöl a. a. O. §. 84. — Den kaufmännischen Ansichten am entsprechendsten erscheinen die Bestimmungen des span. H.-G.-B. Art. 370, 371 und 362.

46) Vgl. Martens a. a. O. §. 15 bei Note a.

47) L. 13. §. 8. D. de act. emti. (19. 1.) L. 22. D. de hered. vend. (18. 4.) L. 31. §. 8. D. de aedil. ed. (21. 1.) L. 14. §. 1. D. de furtis. (47. 2.) — L. 3. §. 4. D. de act. emti.

48) Vgl. L. 11. §. 2. D. de act. emt. (19. 1.) mit L. 5. §. 3. D. de V. O. (45. 1.); ferner L. 13. §. 8. D. de act. emti. L. 57. pr. D. de aed. ed. mit L. 8. in f. C. de act. emti. (4. 49.) L. 31. §. 1. in f. D. de R. C. (12. 1.) L. 72. §. 2. D. de contrah. emt. (18. 1.) L. 31. §. 8.

mit[49]) ist der Verkauf gegen baare Zahlung, Baarkauf, Contantkauf, Kauf per contant. — Die Bedeutung desselben besteht nur darin, daß der Kaufpreis nicht durch Stellung in laufende Rechnung (Conto currente) seine Erledigung findet, sondern durch die übliche Zahlungsart und mit der üblichen Zahlungsfrist, so daß hier der Verkäufer immer mit der Leistung beginnen muß. — Creditirt ist hier aber der Kaufpreis nicht; es kann also das Eigenthum, abgesehen von dem Falle der Consumtion, nicht vor der Zahlung auf den Käufer übergehen. Anders ist es bei dem Verkaufe auf Ziel, Zeit oder Borg. Hier muß sofort mit der Tradition der Waare das Eigenthum auf den Empfänger derselben übergehen, es sei nun, daß baare Zahlung nach einer gewissen Zeit oder Erledigung der Zahlung des Kaufpreises durch Stellung in Rechnung vereinbart oder nach dem Geschäftsverkehre der Contrahenten unter ihnen üblich ist; wiewohl im letzteren Falle ein Surrogat der Zahlung des Preises in der Stellung in Rechnung gegeben ist[50]). — Der Kauf gegen pränumerirte Zahlung unterscheidet sich von dem auf Zug um Zug geschlossenen, wenn nicht die Lieferung erst in einer bestimmten Zeit nach der Tradition geschehen soll, wesentlich nur insofern, daß der Käufer nicht verlangen kann, daß so viel als möglich Gleichzeitigkeit der Uebergabe der Waare mit der Zahlung eingehalten werde. Der Unterschied zwischen Tageskauf und Lieferungskauf scheint darin gesetzt werden zu müssen, daß bei letzterem die Uebergabe der Waare zu einer Zeit verabredet wird, wo sie möglicherweise einen anderen Marktpreis oder Cours hat, als zur Zeit des Geschäftsabschlusses, oder doch in Ansehung sonstiger auf die Lieferung einwirkender Umstände eine Verände-

---

D. de aed. ed. cit. Schenk, im Arch. für civ. Prax. XVII. S. 93 flg., §. 8, 9, XX. S. 473. — Zwar hat auch der Käufer eine exceptio mercis non traditae (L. 25. D. de act. emti etc. L. 5. §. 4. D. de doli except. [44. 4.] L. 5. C. de evict. [8. 45.]) und man pflegte auch wohl das Auskunftsmittel zu wählen, bei einem Dritten zu deponiren (L. 39. in f. D. de solutt. (46. 3.) — Vgl. auch Heerwort, im Arch. für civ. Prax. XVIII. S. 391 flg., XXIII. S. 252 flg.). — Allein zu letzterem kann doch niemand genöthigt werden, und die exceptio mercis non traditae kann zwar die Condemnation in die Zahlung des Preises abwenden, aber dennoch nicht den Verkäufer nöthigen, zuerst zu tradiren. Bei der wirklichen Leistung entsteht demnach noch immer die Frage: wer den Anfang zu machen hat? wenn auch der Verkäufer mit seiner Klage abgewiesen ist.

49) S. indeß Mittermaier a. a. O. §. 563. Thöl a. a. O. §. 68. Allein gewiß mit Recht unterscheidet Martens a. a. O. den Verkauf Zug um Zug, per contant, und auf Ziel, als drei verschiedene Geschäfte. — S. indeß auch Thöl a. a. O. §. 69, S. 214.

50) Denn daß damit das ganze Kaufgeschäft nach der kaufmännischen Ansicht abgemacht sein soll, scheint keinem Zweifel zu unterliegen. Und dagegen, daß diese Rechnungsstellung in Beziehung auf den Uebergang des Eigenthums der Waare als ein Surrogat der Zahlung gelte, gibt es auch keinen juridischen Grund. Anders ist dieß aber, wenn man darin eine privative Novation der Forderung aus dem Kaufe finden will. Denn die transcriptio a re in personam (Cai. J. IV. 128.), welche hier vorliegt, kann ja keine neue obligatio mehr begründen. Der kaufmännischen Behandlungsweise entsprechend ist das portug. Handelsgesetzb. Art. 274. S. indeß Thöl, Handelsr. §. 111, Note 7.

rung eingetreten sein kann; beim ersteren aber keine so qualificirte Verschiedenheit jener Zeitpunkte obwaltet[51]). — Eine besondere Traditionsart ist die durch Ueberlieferung des Connossements, nämlich des Empfangsbekenntnisses des Schiffers über eine verladene Waare, welches diese letztere auf ähnliche Art repräsentirt, wie ein Wechsel die Summe, worauf er lautet[52]). Ferner liegt eine besondere Traditionsart darin, daß der Tradent, wenn er als Beauftragter des abwesenden Empfängers handelt, die zur Uebergabe bestimmte Waare durch Absonderung und besondere Zeichen und durch Benachrichtigung davon an den Empfänger auch diesem in specie erkennbar macht[53]). Diese Benachrichtigung pflegt durch Uebersendung der Factur, d. h. einem vom Absender dem destinirten Empfänger zugesandten Verzeichnisse der für ihn verladenen Waare, mit Beifügung der Bezeichnung derselben und der Preise, zu geschehen. — Beim Handel mit Staatspapieren, in dem sich die nachfolgenden besonderen Arten von Speculationsgeschäften[54]) gebildet haben, giebt es selbst eine Form des Kaufes ohne Tradition und Preiszahlung; indem der Käufer den Verlust, der Verkäufer den Gewinn, welchen der Käufer zu der, hier immer von der Zeit des Abschlusses verschiedenen Lieferungszeit, bei wirklicher Uebergabe und sofortigem Weiterverkaufe des Papieres erlitten oder gemacht haben würde, resp. dem Verkäufer oder Käufer herauszahlt. Dieß Geschäft ist nothwendig immer eine Art des Lieferungsgeschäftes (marché à terme), weil es sich ohne Ungewißheit zur Zeit des Abschlusses über den Cours zur Zeit der Erfüllung nicht denken läßt. Es ist das reine Differenzgeschäft und die Bedeutung desselben besteht darin, daß die Contrahenten den Eintritt der Vortheile und Nachtheile eines Kaufes unter sich festsetzen, ohne wirklich einen Kauf zu schließen. — Es ist weder simulirter Kauf[55]), noch Spiel. Insofern aber jeder Vertrag, der solche Wirkungen blos ver-

---

51) Vgl. über die Verschiedenheit der Vorstellungen: Thöl a. a. O. §. 70. — Der Handel: auf Besicht, aufs Kosten, auf Probe, auf Nachsicht, auf Nachziehen, wie zu besehen, à l'essai, zur Ansicht, und der: nach Probe, zeichnen sich weder durch besondere kaufmännische Ansichten, noch durch eine besondere darin liegende Speculationsart aus. Vgl. darüber: Mittermaier a. a. O. §. 564. Thöl a. a. O. §. 71.

52) S. darüber Mittermaier a. a. O. §. 565. Thöl a. a. O. §. 80; auch über die Verschiedenheit der Ansichten. Der Vergleich mit dem Wechsel pflegt zwar nicht gemacht zu werden, scheint aber doch die Sache am treffendsten zu bezeichnen. Vgl. den Art. Connossement.

53) Daß hier die Waare eben so gut als tradirt gelten muß, wie wenn sie dem Empfänger selber zugemessen, zugewogen, oder zugezählt worden wäre, und er sie bezeichnet hätte, folgt aus den allgemeinen Grundsätzen über Besitzerwerb. Das Eigenthümliche des kaufmännischen Verkehres liegt aber darin, daß der Verkäufer regelmäßig auch als ein Beauftragter des abwesenden Käufers erscheint. Indeß herrscht auch hierüber keine feste Ansicht, und in dem Aufsetzen der Zeichen an sich, worin man hier eine Besonderheit finden will, liegt sie nicht. Vgl. Thöl a. a. O. §. 79.

54) Darüber die oben Note 6 cit. Schriften.

55) Freilich pflegt es in der Form eines wirklichen Kaufes abgeschlossen zu werden; und dann ist dieser simulirt.

möge der Uebereinkunft der Contrahenten, und nicht schon seiner besonderen rechtlichen Natur nach von einem ungewissen Umstande abhängig macht, unter den Begriff einer sponsio oder Wette fällt, ist es eine solche. Es ist klagbar, wenn man jedem erlaubten Vertrage diese Eigenschaft beilegt[56]). — Aehnlichkeit damit hat das Häuergeschäft, bei dem ein Contrahent dem anderen einen Vortheil, der einem speciell bestimmten Creditpapiere durch Verloosung zufallen kann, für den Fall, daß dieß in einer gewissen Zeit eintritt, gegen einen Preis verkauft. Allein hier ist doch immer ein Analogon einer emtio spei vorhanden[57]), wenn auch der Verhäurer das Papier nicht hat, also den Vortheil in der That nicht zu erwarten hat[58]). Das Geschäft ist ein contractus der Kategorie do ut des, bei dem das zweite dare von einer Bedingung abhängig gemacht ist. — Es ist in der Erfüllung vollkommen zweiseitig, während das Differenzgeschäft, wie Spiel und Wette überhaupt es auch sind, in der Erfüllung nur einseitig ist. — Beim Prolongationsgeschäfte (report, marché à report) verkauft der Inhaber des Papieres, der dessen Steigen hofft, à la hausse speculirt, dasselbe zwar schon vor dem Termine, in dem er die Courserhöhung erwartet, gegen wirkliche Ueberlieferung und Empfang baarer Zahlung, um das Geld zu seiner Disposition zu bekommen, kauft es aber sofort wieder zur Lieferung in jenem Termine, von dem er einen höheren Cours erwartet. Im Grunde gibt der Käufer und Rückverkäufer hier Darlehen gegen Faustpfand, und bekommt dadurch, daß er höher zurückverkauft als er kauft, eine Vergütung für den Gebrauch seines Geldes[59]). Insofern liegt darin der eigentliche contractus mohatrae[60]); nur kann man, weil der Gegenstand des Verkaufes und Rückkaufes möglicherweise zur Zeit der Rücklieferung einen dem Rückkaufspreise angemessenen oder ihn vielleicht übersteigenden Werth hat, darin keinen Zinswucher finden, wenn auch die Vergütung das Zinsmaß übersteigen sollte. — Modificationen dieser Geschäfte treten durch ausbedungene Wahlbefugnisse ein. Dahin ge-

---

56) Ueber die verschiedenen Ansichten: Mittermaier a. a. O. §. 274. Thöl, Verkehr S. 65, 66, 280 flg., Handelsr. §. 102. Entscheidungen französischer Gerichte sprechen dem Geschäfte die Klagbarkeit ab: Mittermaier a. a. O. §. 274, Note 12.

57) Bender a. a. O. S. 455; jedoch auch Nebenius, der öffentliche Credit S. 595. — Unter dem Namen eines Glücksspieles entzieht eine badische Verordnung vom 18. Nov. 1823 dem Geschäfte die Klagbarkeit und belegt es mit einer Strafe von 100 Thlr.

58) Unterscheidungen macht hier: Thöl, H.-R. §. 103. S. auch dens., Verkehr S. 248—250, 269, 270. Für ungiltig erklärt das Geschäft, wenn der Verhäurer zur Zeit des Abschlusses desselben das Papier nicht besitzt, aus dem Gesichtspunkte des Spieles: Aronheim, natura negotii quod dicunt Heuergeschäft (Heidelb. 1841.) d. 17. in f. sq.

59) Er legt sein Geld an ohne zu speculiren; denn er erwirbt immer nur eine bestimmte Summe, die Differenz zwischen dem niedrigeren Kauf- und dem höheren Rückverkaufspreise, den report.

60) Ueber die eigentliche Bedeutung des contractus mohatrae, dessen Erfindung man den Jesuiten zuschreibt: Stryk, U. M. P. XXII. Tit. 1. §. 21.

hört: das **Stellgeschäft**, wenn ein Contrahent sich bedingt, zu einem gewissen Zeitpunkte eine gewisse Partie Papiere entweder dem anderen zu liefern, oder von ihm geliefert zu erhalten [61]); natürlich jedes um einen anderen Preis. Hier liegen also zwei alternative Lieferungsgeschäfte vor. — Das **Wandelgeschäft**, wenn ein Contrahent sich die Wahl der Lieferungszeit, wiewohl innerhalb gewisser Grenzen, vorbehält [62]); welche Wahl denn keinen anderen Zweck haben kann, als den Zeitpunkt, der zur Wiederveräußerung am günstigsten ist, bestimmen zu können und demnach nur auf Seiten des Käufers ausbedungen werden wird. — Ferner **Prämiengeschäfte** in verschiedenen Modificationen. Die Prämie ist eine Vergütung, welche in Beziehung auf einen Rücktritt von einem Geschäfte versprochen wird. Da der Contrahent, dem der Rücktritt gestattet ist, von demselben dann Gebrauch machen wird, wenn er ihm vortheilhafter ist, als die Aufrechterhaltung des Geschäftes, also dem anderen Contrahenten zum Nachtheile gereicht, so kann die Prämie eine Vergütung für **diesen Nachtheil**, oder auch eine Vergütung für **die Abwendung** dieses Nachtheiles durch die Aufrechterhaltung des Geschäftes bilden. Sie kann also bald von dem Rücktretenden, bald von dem Contrahenten des Nichtrücktretenden gegeben werden. — Ist nun **beiden** Contrahenten der Rücktritt gegen eine gleiche Prämie gestattet, so kann nie einer mehr als den Betrag derselben gewinnen oder verlieren und die Conjunctur entscheidet zwar darüber, **wer** nicht aber darüber **wie viel** der eine oder der andere gewinnt oder verliert; und haben **beide** Contrahenten für die Aufrechterhaltung des Geschäftes von Seiten desjenigen, zu dessen Nachtheile dieß gereicht, diesem eine gleiche Prämie zu entrichten, so wird sowohl der Verlust des einen, als der Gewinn des anderen immer um den Betrag der Prämie geringer, als er zufolge der Conjunctur sein müßte. Im ersteren Falle ist Prämie für den **gewählten**, im letzteren Prämie für den **nicht gewählten** Rücktritt vorhanden [63]). — Diese Prämien sind also für beide Contrahenten gleichmäßige **Limitationen** der Wirkungen der Conjunctur. — Es gibt indeß noch eine dritte Art: die Prämie für **das Recht** des Rücktrittes, gegen welche entweder der Käufer **allein** (**Lieferungsprämie**), oder der Verkäufer **allein** (**Empfangsprämie**), von dem Geschäfte zurücktreten kann [64]). Diese Prämie wirkt für den **Verlust** des Prämien**gebers** und den **Gewinn** des Prämien**nehmers** gleich der Prämie für den **gewählten** Rücktritt; für den Verlust des Prämien**nehmers** und den Gewinn des Prämien**gebers** bewirkt sie aber überall keine Limitation. — Die Prämien für den gewählten Rücktritt und das Recht des Rücktrittes haben die rechtliche Natur einer arrha poenitentialis; sie sind in einem hinzugefügten pactum displicentiae begründet, werden aber nicht

---

61) **Nebenius** a. a. O. S. 564. **Bender** a. a. O. S. 407. **Thöl**, Verkehr S. 148 flg. H.-R. §. 96.
62) **Thöl**, Verkehr S. 155 flg. H.-R. §. 99.
63) **Thöl**, Verkehr S. 80, 81, 112 flg. H.-R. §. 92.
64) **Thöl**, Verkehr S. 79 flg. H.-R. §. 92.

möge der Uebereinkunft der Contrahenten, und nicht schon seiner besonderen rechtlichen Natur nach von einem ungewissen Umstande abhängig macht, unter den Begriff einer sponsio oder Wette fällt, ist es eine solche. Es ist klagbar, wenn man jedem erlaubten Vertrage diese Eigenschaft beilegt[56]). — Aehnlichkeit damit hat das Häuergeschäft, bei dem ein Contrahent dem anderen einen Vortheil, der einem speciell bestimmten Creditpapiere durch Verloosung zufallen kann, für den Fall, daß dieß in einer gewissen Zeit eintritt, gegen einen Preis verkauft. Allein hier ist doch immer ein Analogon einer emtio spei vorhanden[57]), wenn auch der Verhäurer das Papier nicht hat, also den Vortheil in der That nicht zu erwarten hat[58]). Das Geschäft ist ein contractus der Kategorie do ut des, bei dem das zweite dare von einer Bedingung abhängig gemacht ist. — Es ist in der Erfüllung vollkommen zweiseitig, während das Differenzgeschäft, wie Spiel und Wette überhaupt es auch sind, in der Erfüllung nur einseitig ist. — Beim Prolongationsgeschäfte (report, marché à report) verkauft der Inhaber des Papieres, der dessen Steigen hofft, à la hausse speculirt, dasselbe zwar schon vor dem Termine, in dem er die Courserhöhung erwartet, gegen wirkliche Ueberlieferung und Empfang baarer Zahlung, um das Geld zu seiner Disposition zu bekommen, kauft es aber sofort wieder zur Lieferung in jenem Termine, von dem er einen höheren Cours erwartet. Im Grunde gibt der Käufer und Rückverkäufer hier Darlehen gegen Faustpfand, und bekommt dadurch, daß er höher zurückverkauft als er kauft, eine Vergütung für den Gebrauch seines Geldes[59]). Insofern liegt darin der eigentliche contractus mohatrae[60]); nur kann man, weil der Gegenstand des Verkaufes und Rückkaufes möglicherweise zur Zeit der Rücklieferung einen dem Rückkaufspreise angemessenen oder ihn vielleicht übersteigenden Werth hat, darin keinen Zinswucher finden, wenn auch die Vergütung das Zinsmaß übersteigen sollte. — Modificationen dieser Geschäfte treten durch ausbedungene Wahlbefugnisse ein. Dahin ge-

---

56) Ueber die verschiedenen Ansichten: Mittermaier a. a. O. §. 274. Thöl, Verkehr S. 65, 66, 230 flg., Handelsr. §. 102. Entscheidungen französischer Gerichte sprechen dem Geschäfte die Klagbarkeit ab: Mittermaier a. a. O. §. 274, Note 12.

57) Bender a. a. O. S. 455; jedoch auch Nebenius, der öffentliche Credit S. 595. — Unter dem Namen eines Glücksspieles entzieht eine badische Verordnung vom 18. Nov. 1823 dem Geschäfte die Klagbarkeit und belegt es mit einer Strafe von 100 Thlr.

58) Unterscheidungen macht hier: Thöl, H.-R. §. 103. S. auch dens., Verkehr S. 248—250, 269, 270. Für ungiltig erklärt das Geschäft, wenn der Verhäurer zur Zeit des Abschlusses desselben das Papier nicht besitzt, aus dem Gesichtspunkte des Spieles: Aronheim, natura negotii quod dicunt Heuergeschäft (Heidelb. 1841.) d. 17. in f. sq.

59) Er legt sein Geld an ohne zu speculiren; denn er erwirbt immer nur eine bestimmte Summe, die Differenz zwischen dem niedrigeren Kauf- und dem höheren Rückverkaufspreise, den report.

60) Ueber die eigentliche Bedeutung des contractus mohatrae, dessen Erfindung man den Jesuiten zuschreibt: Stryk, U. M. P. XXII. Tit. 1. §. 21.

hört: das Stellgeschäft, wenn ein Contrahent sich bedingt, zu einem gewissen Zeitpunkte eine gewisse Partie Papiere entweder dem anderen zu liefern, oder von ihm geliefert zu erhalten[61]; natürlich jedes um einen anderen Preis. Hier liegen also zwei alternative Lieferungsgeschäfte vor. — Das Wandelgeschäft, wenn ein Contrahent sich die Wahl der Lieferungszeit, wiewohl innerhalb gewisser Grenzen, vorbehält[62]; welche Wahl denn keinen anderen Zweck haben kann, als den Zeitpunkt, der zur Wiederveräußerung am günstigsten ist, bestimmen zu können und demnach nur auf Seiten des Käufers ausbedungen werden wird. — Ferner Prämiengeschäfte in verschiedenen Modificationen. Die Prämie ist eine Vergütung, welche in Beziehung auf einen Rücktritt von einem Geschäfte versprochen wird. Da der Contrahent, dem der Rücktritt gestattet ist, von demselben dann Gebrauch machen wird, wenn er ihm vortheilhafter ist, als die Aufrechterhaltung des Geschäftes, also dem anderen Contrahenten zum Nachtheile gereicht, so kann die Prämie eine Vergütung für diesen Nachtheil, oder auch eine Vergütung für die Abwendung dieses Nachtheiles durch die Aufrechterhaltung des Geschäftes bilden. Sie kann also bald von dem Rücktretenden, bald von dem Contrahenten des Nichtrücktretenden gegeben werden. — Ist nun beiden Contrahenten der Rücktritt gegen eine gleiche Prämie gestattet, so kann nie einer mehr als den Betrag derselben gewinnen oder verlieren und die Conjunctur entscheidet zwar darüber, wer nicht aber darüber wie viel der eine oder der andere gewinnt oder verliert; und haben beide Contrahenten für die Aufrechterhaltung des Geschäftes von Seiten desjenigen, zu dessen Nachtheile dieß gereicht, diesem eine gleiche Prämie zu entrichten, so wird sowohl der Verlust des einen, als der Gewinn des anderen immer um den Betrag der Prämie geringer, als er zufolge der Conjunctur sein müßte. Im ersteren Falle ist Prämie für den gewählten, im letzteren Prämie für den nicht gewählten Rücktritt vorhanden[63]. — Diese Prämien sind also für beide Contrahenten gleichmäßige Limitationen der Wirkungen der Conjunctur. — Es gibt indeß noch eine dritte Art: die Prämie für das Recht des Rücktrittes, gegen welche entweder der Käufer allein (Lieferungsprämie), oder der Verkäufer allein (Empfangsprämie), von dem Geschäfte zurücktreten kann[64]. Diese Prämie wirkt für den Verlust des Prämiengebers und den Gewinn des Prämiennehmers gleich der Prämie für den gewählten Rücktritt; für den Verlust des Prämiennehmers und den Gewinn des Prämiengebers bewirkt sie aber überall keine Limitation. — Die Prämien für den gewählten Rücktritt und das Recht des Rücktrittes haben die rechtliche Natur einer arrha poenitentialis; sie sind in einem hinzugefügten pactum displicentiae begründet, werden aber nicht

---

61) Nebenius a. a. O. S. 564. Bender a. a. O. S. 407. Thöl, Verkehr S. 148 flg. H.-R. §. 96.
62) Thöl, Verkehr S. 155 flg. H.-R. §. 99.
63) Thöl, Verkehr S. 80, 81, 112 flg. H.-R. §. 92.
64) Thöl, Verkehr S. 79 flg. H.-R. §. 92.

für dessen Hinzufügung gezahlt, sind also auch keine Vergütung für eine durch dieses pactum dem einen Contrahenten abgenommene Gefahr der Conjunctur, und haben folglich auch nicht die Natur einer Prämie für eine Assecuranz auf Conjunctur[65]). Die Gestattung des Rücktrittes gegen Prämie bewirkt zwar eine Sicherung desjenigen, zu dessen Gunsten sie hinzugefügt ist, gegen die Folgen der Conjunctur, wenn auch nur in einem gewissen Grade. Allein eben deßhalb trägt dieser in so weit keine Gefahr der Conjunctur, kann sich also auch gegen eine solche nicht versichern lassen, so wenig von seinem Contrahenten als von einem Dritten. Die Prämie für den nicht gewählten Rücktritt setzt offenbar voraus, daß jeder Contrahent von dem Geschäfte abtreten kann, wenn nicht der andere die Prämie zahlt. Die Zahlung derselben ist also Bedingung der Perfection des Geschäftes, und wenn sie auch die Gefahr der Conjunctur für den Prämiennehmer mindert, so ist sie doch ebenfalls keine Assecuranzprämie, weil sie nicht dafür gezahlt wird, daß das Geschäft so bedingt geschlossen worden. — Wäre aber ein Lieferungsgeschäft überall nicht geschlossen und also durch dasselbe die Gefahr der Conjunctur nicht auf den Prämiennehmer gewälzt, ihm aber eine Prämie für die Uebernahme dieser Gefahr versprochen worden, dann würde sie eine Versicherungsprämie sein. So bei dem Assecuriren der Staatspapiere, wo sich der Prämiennehmer dem Inhaber eines Staatspapieres verpflichtet, falls dasselbe durch eine Verloosung einen geringeren Werth erhalten werde, als die noch nicht verloosten Papiere haben, ihm ein sonst gleiches aber noch nicht verlooſtes Papier zu liefern[66]). — Diese Prämiengeschäfte kommen auch in Zusammensetzungen vor, und zwar durch bloße Verbindung in der Speculation und ohne alle juridischen Beziehungen der mehreren Geschäfte zu einander, oder indem solche Beziehungen stattfinden. — Ersteres tritt ein, wenn der Speculant mit Rücksicht auf dieselbe Conjunctur mehrere Prämiengeschäfte schließt, um für den Verlust des einen in dem Gewinne des anderen eine Deckung zu erlangen[67]). Letzteres kann stattfinden durch Verbindung eines Prämiengeschäftes mit einem Stellgeschäfte oder Lieferungsgeschäfte. Hierher gehören folgende Geschäfte. Das zweischneidige Prämiengeschäft, wenn ein Contrahent sich nicht blos die Wahl bedingt, ob er liefern oder empfangen will, sondern auch die Befugniß, gegen eine Prämie ganz von dem Geschäfte abzugehen[68]). Ferner der Schluß auf fest und offen, wo der Käufer es sich vorbehält, einen gewissen Theil der gekauften (die offenen) Papiere nicht zu nehmen, indem er

65) Diese nimmt indeß an: Thöl, Verkehr S. 199 flg. Handelsr. §. 93, S. 296, 297.

66) Vgl. Bender, Verkehr. Arch. für civ. Praxis VIII. §. 65, 66, S. 149—154.

67) Daß sich für derartige Verbindungen kein bestimmter Name gebildet (Thöl, H.-R. §. 94, Note 1, S. 298), kann nicht auffallen. Denn sie hängen durchaus von den Ansichten des Speculanten ab, und können daher ins Unendliche variiren.

68) Thöl, Verkehr S. 142 flg. Handelsr. §. 95.

den Preis des anderen Theiles derselben (der festen Papiere) erhöhet, oder der Verkäufer es sich vorbehält, die verkauften offenen Papiere nicht zu liefern, indem er den Preis der festen Papiere erniedrigt. Die Preisdifferenz bildet hier die Prämie[69]). Bei diesem Geschäfte ist der Handel über die offenen Papiere durch die Willkür eines der Contrahenten resolutiv bedingt. Es kann aber auch in der Form geschlossen werden, daß es in dieser Beziehung auf gleiche Weise als suspensiv bedingt erscheint. Dieß ist das Nochgeschäft oder Nachgeschäft, und die offenen Papiere heißen hier die Nochpapiere. — Diese Geschäfte können so geschlossen werden, daß der Preis davon unabhängig ist, ob die offenen Papiere genommen oder geliefert werden, oder nicht; was nur denkbar ist, wenn auch keine Verschiedenheit zwischen dem Preise der offenen und dem der festen Papiere festgesetzt ist. — Läßt sich nun auch bei diesen Geschäften der Betrag der Preisdifferenz nicht erkennen (versteht sich, wenn die Contrahenten nicht überflüssiger Weise einen solchen festgesetzt haben), so steht doch anzunehmen, daß die Parteien einen anderen Preis verabredet haben würden, wenn sie über die offenen Papiere entweder fest oder gar nicht contrahirt hätten[70]). Dieser andere ungewisse Preis muß dann ein niedrigerer sein, wenn die Willkür des Käufers, ein höherer, wenn die Willkür des Verkäufers das Geschäft bedingt. — In dem angegebenen Falle der Unabhängigkeit des Preises von dem Gebrauche der gestatteten Willkür kann jene Differenz aber auch nur als eine Prämie für die Gestattung dieser Willkür betrachtet werden; und sie erscheint hier als eine Versicherungsprämie für die Gefahren der Conjunctur, welche der Prämiengeber getragen haben würde, wenn das Geschäft über die offenen Papiere ebenfalls fest geschlossen worden wäre. Das Geschäft kann aber auch so geschlossen werden, daß ein anderer Preis gezahlt wird, wenn die offenen Papiere genommen oder geliefert, und ein anderer, wenn dieß nicht der Fall ist; was immer auch dann stattfinden muß, wenn eine Verschiedenheit zwischen dem Preise der festen und dem der offenen Papiere festgesetzt ist. In diesem Falle ist das Geschäft über die offenen Papiere ein Prämiengeschäft mit einer Prämie für das Recht des Rücktrittes, die dann bei dem Schlusse auf fest und offen die Natur einer arrha poenitentialis, bei dem Nochgeschäfte die Natur einer sogen. arrha pacto imperfecto adjecta hat. Dieses Prämiengeschäft ist aber auch hier nur unter der Voraussetzung vorhanden, daß der Preis für die festen Papiere mit Rücksicht auf das Geschäft über die offenen Papiere erhöht oder erniedrigt ist, wobei denn freilich die Erkennbarkeit des Betrages der Prämie wiederum hinwegfällt. Immer findet zwischen beiden Geschäften die Verbindung statt, daß der Preis der festen Papiere entweder die Prämie in sich befaßt, oder sie von ihm abgeschlagen ist. — Zu bemerken sind hier noch die Clauseln: fix, prä-

69) Thöl, Verkehr S. 164 flg. Handelsr. §. 97.

70) S. indeß Thöl, Verkehr S. 167 flg. Handelsr. §. 98, nach dem mit der Festsetzung desselben Preises für die einen wie für die anderen Papiere sich das Anrechnen der Prämie nicht vereinigen läßt.

eise, prompt, spätestens, welche der Erfüllungszeit hinzugefügt werden und den Sinn haben, daß wenn sie nicht eingehalten wird, sofort nach deren Ablauf der Contrahent, dem geleistet werden soll, seinerseits nicht mehr durch das Geschäft gebunden ist[71]). — Ferner kennt der Handelsgebrauch besondere Arten der Berechnung des Preises im Verhältnisse zu der Quantität der Waare und mit Berücksichtigung der Zahlungszeit. Hierher gehört die Thara[72]). Man unterscheidet nämlich das Brutto- oder Sporco- und das Nettogewicht der Waare. Ersteres ist ihr Gewicht mit Einschluß der Fustagie, d. h. des zur Verpackung dienenden Materials, letzteres das Gewicht der Waare selber, welches, oder dessen Preis, man so zu berechnen pflegt, daß man von dem Bruttogewichte oder dessen Preise gewisse auf der Erfahrung beruhende Procente für die Fustagie abzieht. Dieser Abzug ist die Thara. Das Gutgewicht besteht in einem gleichfalls procentweisen Abzuge vom Gewichte oder Preise in Rücksicht auf den Gewichtsunterschied oder Ausschlag beim Detailverkauf[73]). Der Ausdruck: Refactie, bezeichnet einen derartigen Abzug, der wegen Schadhaftigkeit, und der Ausdruck: Justi, einen solchen, der wegen ungewöhnlicher Unreinigkeit der Waare gemacht wird; so wie auch diese Mängel selber mit diesen Namen belegt werden[74]). — Wird Zahlung des Kaufpreises vor Ablauf der beim Contantkaufe geltenden zinsfreien Zahlfristen bedungen, so pflegt dem Käufer dafür ein Rabatt bewilligt zu werden, nämlich ein procentweiser Nachlaß vom Kaufpreise, welcher dem Gebrauche zufolge wie der Disconto berechnet wird. Der Ausdruck: Dekort, bedeutet dasselbe, wiewohl man bisweilen darunter einen größeren Abzug, als der Rabatt ist, versteht, z. B. ⅔ % pr. Monat, während der Rabatt nur ½ % pr. Monat zu betragen pflegt. — Der Verkäufer pflegt indeß bei der Bestimmung des Kaufpreises schon darauf Rücksicht zu nehmen, daß er einen solchen Abzug zu bewilligen genöthigt sein wird[75]). Im Buchhandel pflegt ein solcher Rabatt auch ohne Rücksicht auf frühere Zahlung bewilligt zu werden, und man unterscheidet hier von dem Brutto- oder Ladenpreise den Nettopreis, der durch einen Abzug von 33⅓ % von jenem gebildet wird, den der Verlagshändler dem Sortimentshändler in Rücksicht auf den Vertrieb und dessen Kosten zu bewilligen pflegt. — Als dem kaufmännischen Verkehre eigenthümliche Zahlungsarten sind hier diejenigen zu nennen, welche durch bloßes Ab- und Zuschreiben, Creditiren und Debitiren, bewerkstelligt werden. Denn das Einziehen von Zahlungen durch Anweisungen, zu denen

---

71) Ueber diese sogen. Resolutivclausel: Linde, in dessen Zeitschr. für Civilr. und Proz. III. S. 25—30. Souchay, das. II. S. 465—467. Bender a. a. O. §. 83.

72) Das Wort ist spanischen Ursprunges. S. Ludovici, Kaufmannslexikon v. Thara.

73) S. Ludovici a. a. O. Bleibtreu, Lehrb. der Handelswissensch. §. 327.

74) Berghaus, Encyklopädie der Handelsw. II. S. 219. Archiv f. d. Handelsr. II. S. 574—588. Bleibtreu a. a. O.

75) Vgl. Büsch, Darstellung der Handlung u. s. w. I. S. 166.

auch die gezogenen Wechsel gehören, ist zwar ebenfalls eine dem kaufmännischen Verkehre vorzugsweise eigene Art, die Zahlung zu bewerkstelligen; allein sie gehört einer besonderen Kategorie des Handelsrechtes im weiteren Sinne an. Vgl. den Art. Anweisung. — Kaufmännische Auffassungsweise ist es, alle vermögensrechtlichen Beziehungen in Handelsverhältnissen, welche durch geschehene Leistungen begründet sind, als Forderungen und Schulden, credita und debita, zu behandeln. In der kaufmännischen Behandlungsweise entstehen aus bloßen Geschäften ohne Leistung zwar allerdings Verpflichtungen (Engagements), aber noch keine Forderungen und Schulden. Die Leistung ist aber auch nie eigentliche Solution, sondern begründet erst Forderung und Schuld, creditum und debitum; erst sie veranlaßt eine eigentliche Buchung, und diese verwandelt somit das Engagement in eine causa debiti oder crediti [76]). Diese debita und credita werden als compensable Verhältnisse einander gegenüber gestellt, worüber eine laufende Gegenrechnung besteht [77]), deren einzelne Pöste bald nach Verlauf jedes halben, bald am Ende jeden Jahres durch einen Abschluß zur Compensation mit einander und so zur eigentlichen Solution gelangen. So behandelt der Kaufmann nicht blos sein Verhältniß zwischen sich und seinen Handelsfreunden, sondern selbst innerhalb seines eigenen Geschäftes constituirt er eine Anzahl von besonderen Vermögen, welche er untereinander wiederum in dieses Verhältniß setzt [78]). So wenigstens, wo die eigentlich kaufmännische, die doppelte oder italienische, Buchführung stattfindet [79]). Er macht sich selber zum Gläubiger seines eigenen Geschäftes, indem er sich auf sein Capitalconto diejenigen Summen zu Gute schreibt, welche er in das Geschäft gesteckt; er macht sich in gleicher Beziehung zum Schuldner, indem er auf sein Haushaltungsconto sich diejenigen Summen zur Last schreibt, welche er zu seinen eigenen Bedürfnissen seinem Geschäfte entzieht. Erst beim Ablaufe eines gewissen Zeitraumes schließt er bei Ziehung der Bilanz vermittelst des Gewinn- und Verlustconto auf dem Bilanzconto zwischen

---

76) Verkauft z. B. der Kaufmann von seinem Lager eine Partei Waaren um 1000, so wird er zwar dieses Engagement notiren; aber er trägt nicht sich als den Schuldner der Waare und den Gläubiger des Preises in seine Bücher ein. Erst wenn er die Waare abgeliefert hat, schreibt er seinem Waarenconto 1000 zu Gute und dem Conto des Käufers 1000 zur Last.

77) Würde im Beispiele der Note 76 der Käufer den Preis von 1000 einige Zeit nach der Lieferung der Waare baar einzahlen, so würde der Verkäufer die ihm zur Last geschriebenen 1000 nicht tilgen; er würde vielmehr des Käufers Conto 1000 zu Gute, und seinem, des Verkäufers, Conto 1000 zur Last schreiben.

78) Wäre im Falle der Note 76 der Preis sofort bei der Lieferung baar gezahlt, so würde der Verkäufer seinem Waarenconto 1000 zu Gute, und seinem Cassaconto 1000 zur Last schreiben.

79) Bei der einfachen oder teutschen Buchführung ist das System blos darauf berechnet, daß der Kaufmann zwischen sich und Anderen Buch hält; während er bei der doppelten jeden Posten zweimal bucht, geschieht dieß bei der einfachen nur einmal, z. B. im Falle der Note 76, schreibt der Verkäufer sich blos 1000 zu Gute.

sich und seinem Geschäfte ab. Allein er stellt nicht blos sich seinem Geschäfte in solcher Weise gegenüber, sondern auch die einzelnen Vermögenstheile, welche sich in seinem Geschäfte befinden, unter einander[80]); gleichsam als ob sie mehrere Vermögen bildeten, deren Subjecte mit einander Geschäfte gemacht und dadurch Forderungen und Schulden gegen einander begründet hätten. Ein ganz gleiches Verhältniß mußte sich bei den Römern herausstellen, wenn ein dominus Sclavenpeculien von seiner ratio dominica absonderte[81]). Wurde aus dem peculium etwas in die dominica ratio verwendet, oder von dieser eine Peculienforderung eingezogen, so wurde sie, oder der dominus, dafür debitor der peculiaris ratio oder des servus[82]). Wenn nun der dominus auch über die peculiaris ratio Buch hielt, so mußte alles, was im Peculium war, schon eine Forderung der dominica an die peculiaris ratio und diese dafür Schuldner sein; und wenn der dominus sich oder jene als den Schuldner dieser behandelte, so mußte er diese wiederum für denselben Betrag als seinen Gläubiger betrachten[83]). Schloß ferner der eine Sclave mit dem anderen ein Geschäft, so konnte zwar von einem eigentlichen Rechtsverhältnisse unter ihnen nicht die Rede sein; ging aber in Folge desselben etwas aus dem einen Peculium in das andere hinüber, so mußte das erste der dominica ratio so viel weniger, das andere ihr um so viel mehr schuldig sein, weil jenes vermindert und dieses vergrößert worden war. — Es mußte aber auf der anderen Seite, da zwischen diesen Peculien keine Rechtsverhältnisse und deren Solution bestehen und eintreten konnten, sondern nur Rechnungsverhältnisse, unter ihnen die Sache sich so stellen, daß dem ersteren ein Guthaben gegen das letztere und dem letzteren ein dem entsprechendes Schulden dem ersten gegenüber berechnet wurde. — Der buchführende dominus mußte also auch in diesem Falle eine doppelte Eintragung vornehmen; dem, der hergegeben hatte, zu Gute, dem, der empfangen hatte, zur Last schreiben, um die peculiares rationes in das richtige Verhältniß zur dominica ratio zu setzen. — So auch in der kaufmännischen Behandlungsweise[84]). Alle gegenseitigen Contocurrentforderungen werden, wie bemerkt, erst beim Rechnungsschlusse durch Compensation getilgt, und bis dahin wird jede als bestehende Forderung, namentlich auch, insofern sie unter den Handlungsfreunden besteht, in An-

---

80) Z. B. Waarenlager und Casse. Vgl. Note 78.

81) L. 4. pr. D. de peculio. (15. 1.) Peculii est... quod dominus ipse separaverit, suam a servi ratione discernens.

82) L. 7. §. 6. D. eod. Vgl. §. 20. c. f. J. de legatis. (2. 20.) L. 23. §. 1. D. de peculio legato. (33. 8.)

83) Denn wollte er dieses nicht, so mußte er zwischen der dominica und der peculiaris ratio Compensation eintreten lassen, und damit das gegenseitige Forderungsverhältniß zwischen beiden ganz oder theilweise aufheben. — Der dominica ratio steht bei der kaufmännischen Buchführung parallel: das Capitalconto mit dem Haushaltungskostenconto und dem Gewinn- und Verlustconto.

84) Diese Behandlungsweise wird indeß überall nöthig, wenn eine Rechnungsführung im Innern einer Vermögensverwaltung eine Controle gewähren und eine mehrmalige Buchführung vermieden werden soll.

sehung der Verzinsung, behandelt. Der Kaufmann, welcher diese Contocurrentforderung erworben, kann aber schon früher deren Betrag zu seiner Disposition haben wollen; und insofern nicht etwa eine nicht gebräuchliche baare Zahlung eintritt, kann er, wenn er nicht selber für den gleichen Betrag wieder der Schuldner seines Handlungsfreundes durch ein zwischen ihnen direct gemachtes Geschäft werden kann, dieß nur durch eine zwischen ihm und seinem Handlungsfreunde stehende Person erlangen, welche sein Schuldner und des letzteren Gläubiger ist, aber diese Verhältnisse bei sich umwandeln läßt, indem sie ihm gegenüber als Gläubiger und diesem letzteren gegenüber als Schuldner auftritt. — Die einfache Grundlage der ganzen Operation ist immer die Forderungsübertragung, ein Giriren, welches aber in verschiedenen Formen und Zusammensetzungen vorkommen kann. Geschieht sie durch bloße Buchung, so heißt sie die Scontration, Incontration, Stiscontration. — Sie setzt einen Kreis von wenigstens drei Personen voraus, von denen jede der ihr zunächst stehenden gegenüber nach der einen Seite hin eine Forderung, nach der anderen hin aber, indem das Verhältniß im Kreise besteht, wiederum eine Schuld hat. Hat z. B. A vom B, B vom C und C vom A 100 zu fordern, so ist auch A dem C, C dem B und B dem A 100 schuldig. Will B die 100 vom C einziehen, so kann er dieß dadurch bewirken, daß er diese Forderung auf den A überträgt; will B seine Schuld an A bezahlen, so kann er dieß ebenfalls dadurch bewerkstelligen, daß er dem A seine Forderung an den C überträgt. — Es compensiren dann zunächst B und A, und A ist nun zugleich Gläubiger und Schuldner von C. Soll diese Forderungsübertragung nicht bloße Klagencession bleiben, so muß der C seinem neuen Gläubiger A sich verpflichten. Dann wird der C ein debitor delegatus im Verhältnisse zum Deleganten B und dem Delegaten A. Da aber der C auch eine Forderung gegen den A hat, so kann durch Compensation der Eintritt der Wirkung einer (novirenden) Delegation gänzlich ausgeschlossen werden. So ist es bei der Scontration, wo durch Forderungsübertragungen, die durch einen Auftrag, der zuerst bald an einen Schuldner, bald an einen Gläubiger gerichtet sein kann, vermittelt werden, eine Compensation bewerkstelligt wird. Es erscheint also dabei nicht nothwendig, daß der angewiesene debitor sich einem neuen Gläubiger verpflichtet, sondern nur, daß er mit diesem compensirt[85]. — Es läßt sich aber auch denken, daß zwischen

85) Eine wahre Novation braucht also bei der Scontration nicht einzutreten. Dieß zeigen auch die Worte der Leipz. Wechselordn. §. 24: So bald nun einer gegen den andern auf solche Weise eine Partie in das Memorial überschrieben (also blos cedirt hat), vom selbigen Moment an bleibet die Schuld, als bezahlet, auf Gefahr dessen, welcher selbige angenommen. — Es wird also der einzelne Act zwischen zwei der scontrirenden Personen durch eine bloße Forderungsübertragung vollendet. — Das ältere römische Recht hätte hier eine transcriptio a persona in personam gefunden. Vgl. Cai. J. IV. 130. — Eine von der Scontration verschiedene in einer Compensation bestehende Incontration zu unterscheiden, erscheint überflüssig. Thöl, Handelsr. §. 134. Uebrigens versteht es sich von selber, daß in dem obigen Beispiele die Operation

A und B noch eine Reihe von Personen stände, von denen jede dem A nähere von der ihr zunächst stehenden dem B näheren eine gleiche Summe zu fordern hätte. Hier würde noch eine Reihe von Uebertragungen der Forderung des B an den C in der Richtung von B bis A nothwendig werden, um das beabsichtigte Resultat herbeizuführen. Indem aber hier immer jeder Schuldner seinem Gläubiger gegenüber eine gleiche Forderung erwerben würde, so würden auch alle diejenigen Forderungsverhältnisse, welche von der Operation berührt werden, durch Compensation sich aufheben. — Diese Operation setzt ein Zusammentreffen einer bedeutenden Zahl von Kaufleuten voraus, wenn sie von einigem Umfange sein soll, weil sich sonst nicht leicht die dazu erforderlichen kleineren oder größeren Kreise zusammenfinden, und sie geschieht daher mehrentheils auf Messen, aber keineswegs ausschließlich. Börsen und Scontroplätze sind dann die Orte, wo die scontrirenden Personen zu voraus bestimmten Zeiten zusammentreffen[86]), und sie führen über dasselbe besondere Marktmemorialien und Scontrobücher[87]). — Aehnlich damit ist die Zahlung durch eine Girobank. Girobanken, auch Umschreibe- oder Depositenbanken genannt[88]), sind Institute, welche, auf einen regelmäßig in Metallen, ungeprägten (Barren) oder Münzen, vorhandenen von den Interessenten eingelegten Fond gestützt, jedem Interessenten die Disposition über die ihm als sein Guthaben in der Bank zugeschriebene Summe, sei es durch Herausnahme aus der Bank, oder durch Uebertragung seines Guthabens auf andere durch bloßes Zuschreiben, gestatten. Jeder, welcher ein Guthaben in der Bank hat, besitzt also darin ein Mittel durch Uebertragung desselben, oder eines Theiles davon, jedem Gläubiger, dem sie überhaupt geschehen kann, wozu denn freilich die Interessentschaft[89]) nothwendig ist (ein Folium in der Bank), und der sie sich gefallen lassen muß (was unter Kaufleuten des Platzes, für den die Bank besteht, die Regel bildet) oder will, Zahlung zu leisten. Und diese Uebertragung wird durch

---

nicht blos von dem B, sondern auch von dem A oder C ausgehen können, da sie alle sich in gleicher Lage zu einander befinden. — Der zu scontrirende Posten heißt auch die Partita, oder die Partei.

86) Leipz. W.-O. a. a. O. Augsb. W.-O. v. 1707 Art. 14. Riccius, exercitt. in ius camb. exc. 8. (Gott. 1781.), sect. 1. de scontratione mercator. p. 5. Ludovici, Kaufmannslexikon Bd. 6, S. 16.

87) Leipz. W.-O. a. a. O. Leuchs, Handelslexikon Bd. 2, S. 175, 176.

88) Als bloße Girobanken lassen sich nur vier nachweisen: die zu Venedig von 1587 (wiewohl nur anfänglich), Amsterdam 1609, Hamburg 1619, Nürnberg 1621. Vgl. Marperger, Beschreibung der Banken S. 190 flg. — Indeß finden sich sonst noch Banken verschiedener Art: Zettel-, Deposito- und Discontobanken. S. Pöhls, Handelsr. I. S. 303 flg. Die bayer'sche Hypotheken- und Wechselbank umfaßt alle Arten von Bankgeschäften. S. Rotteck und Welcker, Staatslexikon unter diesem Art., wo auch die Statuten vom 17. Juni 1835 abgedruckt sind. Vgl. den Art. Banken.

89) D. h. das Aufgenommensein in die Zahl derjenigen, denen Zuschreibungen geschehen und welche, sofern nicht ein Guthaben ihnen fehlt, abschreiben lassen können. Nur Bürger der Stadt, in der die Bank besteht, pflegen dazu aufgenommen zu werden.

bloßes Abschreiben auf dem Bankfolium des Zahlenden und bloßes Zuschreiben auf dem Folium des Empfängers bewerkstelligt. Die Girobank befindet sich dabei in der Stellung eines debitor delegatus, und der Zahlende girirt seine Forderung, die er an sie hat. Die Girobank bleibt dann Schuldner des Empfängers für den girirten Betrag so lange bis dieser darüber disponirt hat; compensirt also nicht sofort mit ihm. — Auch wird eine und dieselbe Zahlung hier immer nur durch ein einmaliges Giriren effectuirt. Es kann aber der Fall eintreten, daß die Uebertragung einem Interessenten geschieht, der nicht selber der Gläubiger ist, sondern nur, z. B. als Banquier, dessen Stelle vertritt[90]. In Teutschland ist die Betreibung des Handels, so lange es gewerbliche Vorrechte der Städte gegeben hat, zu diesen gezählt worden[91]). In ihnen finden sich denn auch die Institute, welche die Betreibung der Handelsgeschäfte erleichtern. Außer den Banken gehören dahin die Börsen (s. diesen Art.) und manche auf die Förderung des Handels bezügliche Privilegien, so zur Haltung von Messen, Stapelgerechtigkeit und Stadteinlagerrecht, Jahrmärkten u. s. w.

Mehr als in jedem anderen Verkehr noch zeigt sich im Handelsverkehr die Nothwendigkeit, Credit zu geben, d. h. in Andere das Zutrauen zu setzen, daß sie ihre Verbindlichkeiten erfüllen werden. Der Kaufmann hat also neben den Gefahren, welche der Zufall seinen Gütern, welche die Conjunctur seinen Speculationen droht, noch in einem besonderen Grade die Gefahren zu fürchten, welche ihm aus den Täuschungen des gegebenen Credites bevorstehen. So wie auf der einen Seite jeder Kaufmann dahin streben wird, sich den Credit der Handelswelt zu erhalten, so wird er auf der anderen Seite sich gegen die aus dem gegebenen Credit möglicherweise entspringenden Nachtheile zu sichern suchen. Die Mittel, diese Sicherung zu erlangen, sind an sich keine anderen, als diejenigen, welche die allgemeinen Rechtsinstitute schon gewähren: reelle Sicherheit durch Verpfändungen, personelle Sicherheit durch Intercessionen. In Ansehung der ersteren kommt hier zuweilen die Besonderheit vor, daß der Gläubiger auch die Gefahr des zu seiner Sicherheit dienenden Gegenstandes trägt, so daß mit demselben auch seine Forderung untergeht, wie bei der Bodmerei. In Ansehung der letzteren finden zuweilen besondere kaufmännische Ansichten und Formen statt. — Dahin gehört die kaufmännische Empfehlung, oder die Versicherung des einen Kaufmannes gegen den anderen, daß ein Dritter sicher sei, oder Credit verdiene. Daß darin eine Intercession liege, durch welche der Empfehlende dem anderen Theile für den Nachtheil verhaftet werde, der ihm dadurch erwachsen, daß Credit gegeben und seinem Vertrauen nicht entsprochen worden, ist zwar gemeinrechtlich nicht begründet[92]). Allein die kauf-

---

90) Durch die Vermittelung eines solchen Interessenten können denn auch Nichtinteressenten an den Vortheilen der Bank Theil nehmen, indem sie ihr Bancoconto oder Folium unter ihm haben.

91) S. den Art. Gemeinde.

92) Vgl. Trummer, Arch. f. d. Handelsrecht I. S. 227—269. — Anders zuweilen nach Particularrechten. S. lüb. Recht III. 10. 1., aber auch

männische Ansicht darüber hat doch die Folge, daß der Empfehlende sich durch eine Protestation im Voraus gegen jede Haftung zu verwahren sucht, z. B. durch die Clauseln: ohne meine Vertretung, ohne mein Präjudiz, ohne mein Obligo, ohne meine Gewährleistung[93]). Der Creditauftrag (auch das Creditmachen, der Creditbrief[94])) hat die rechtliche Natur des mandatum qualificatum[95]). Das del credere Stehen ist eine Intercession gegen eine Vergütung, die Delcredereprovision genannt, und die Benennung ist dann üblich, wenn der Intercedent selber den Credit gibt, und zwar, wenn das del credere Stehen nicht bedungen wäre, auf Rechnung und Gefahr desjenigen, bei dem er intercedirt. Jedoch zeichnet sich diese Art der Intercession regelmäßig auch dadurch aus, daß sie für unbestimmte und zukünftige Schuldner geschieht. Die Delcredereprovision kann man zwar als eine Assecuranzprämie betrachten[96]); allein eine Selbstassecuranz wegen des Credites, welchen ein Contrahent dem anderen zu Theil werden läßt, und wofür letzterer ihm eine Vergütung oder Prämie zahlt[97]), gibt es weder nach kaufmännischer Ansicht, noch ist sie juridisch möglich. Denn wer kann eine Gefahr, die ihn selbst ohnehin trifft, noch besonders übernehmen, und eine Vergütung für eine solche angebliche Uebernahme sich bedingen[98])? Kann also auch für das Creditgeben eine Vergütung gegeben werden, so kann sie doch unmöglich jemals eine Vergütung für eine Sicherung gegen Gefahr sein[99]). — Die Deckung (Deckungsfond, Valuta, Provision, Anschaffung) ist eine Sicherheitsleistung, welche für die Rückerstattung, die Revalirung, einer in Folge eines Auftrages geleisteten Zahlung bestellt wird; jedoch wird auch die wirkliche Vergütung des Ausgezahlten die Deckung genannt. Die Deckung in jenem Sinne kann der Beauftragte in einer Forderung, welche der Auftraggeber gegen ihn hat (Mandiren auf Schuld), oder in ihm vor der Zahlung zugegangenen Fonds, Münzen oder Creditpapiere (Mandiren auf Baarfonds), finden. Wird ohne solche Deckung ein Zahlungsauftrag gegeben (Mandiren auf Borg, auf Creditfonds, à découvert, bills of accommodation), so creditirt der Beauftragte bei der

---

Hamb. Stadtr. II. 12. 2. und genauere Bestimmungen im preuß. Landr. II. 8. §. 703 flg.

93) Thöl, Handelsr. §. 101.

94) In einem anderen Sinne bezeichnet der Creditbrief den Auftrag, für Rechnung des Auftraggebers einem Dritten Zahlungen zu leisten.

95) Vgl. Thöl a. a. O. §. 108, 109.

96) So Thöl a. a. O. §. 107.

97) So Thöl a. a. O. §. 106.

98) Ganz etwas anderes ist es, daß derjenige, welcher die Gefahr eines Geschäftes trägt, auch den dadurch gemachten Erwerb behalten soll, so beim Darlehen derjenige, welcher die Gefahr des Capitals trägt, die Zinsen (L. 67. §. 1. D. pro socio [17. 2.], vgl. L. 10. §. 8., L. 6. §. 6. D. mandati [17. 1.]), woraus man aber nicht mit Thöl, a. a. O. §. 111, S. 336, folgern darf, daß in den Zinsen eine Assecuranzprämie stecke.

99) Ganz etwas anderes ist es, wenn ein Contrahent eine der Natur des Geschäftes nach nicht mit demselben verbundene, von äußeren Zufällen drohende Gefahr übernimmt, wie beim foenus nauticum.

Ausführung zwar dem Auftraggeber, kann aber für diesen Credit wiederum mehr oder minder sichere Deckung haben, z. B. durch Faustpfand oder Hypothek, durch Intercession, durch ein Retentionsrecht, oder dadurch, daß der Auftraggeber wiederum gleiche Verbindlichkeiten gegen ihn übernimmt, z. B. durch Schuldschein, eigenen Wechsel, Acceptiren eines vom Beauftragten gezogenen Wechsels, Indossiren eines Wechsels auf ihn. Dieses letztere Geschäft kann man als Mandiren und Zahlen auf gedeckten Credit bezeichnen[100].

II. Handelsbücher sind überhaupt diejenigen Rechnungsbücher, welche der Handeltreibende über sein Geschäft führt. Nicht alle diese Bücher zeichnen sich indeß, wenn man von den Ausdrücken absieht, durch eine besondere kaufmännische Behandlungsweise oder juridische Bedeutsamkeit aus. Diejenigen, welche auf solche Weise ausgezeichnet sind, kann man als Handelsbücher im engeren Sinne, die übrigen als Hilfsbücher bezeichnen. Zu jenen gehören folgende. 1) Das Hauptbuch, auch Mastro, Contobuch, welches die debita und credita des Kaufmannes seinen Handlungsfreunden gegenüber, bei der doppelten Buchhaltung auch die credita und debita der einzelnen Vermögensmassen, welche der Kaufmann im Inneren seines Geschäftes von einander absondert, untereinander, mit Angabe des Tages, an dem diese credita und debita als solche entstanden sind, jedoch ohne Angabe ihres Entstehungsgrundes nachweiset[101]. Rechte und Verbindlichkeiten, welche aus zweiseitigen Geschäften entspringen, finden hier als solche keinen Platz; sondern erst die aus ihnen nach geschehener Erfüllung von einer Seite entsprungenen einseitigen Forderungen und Schulden[102]. Die Eintheilung in besondere Blätter oder Conto's für jede Person oder Vermögensmasse, welche in ein Credit- oder Debetverhältniß kommt, wenigstens dann, wenn eine Mehrzahl solcher Verhältnisse für sie zu erwarten steht[103], und das Gegenüberstellen dieser Verhältnisse auf demselben Blatte, der debita auf der linken, der credita auf der rechten Seite, erleichtern die Uebersicht. Bei der doppelten Buchhaltung zeigt die Rubrik der debita das Conto, auf dem derselbe Posten in Credit steht, mit dem vorgesetzten Worte: An, und die Rubrik der credita das Conto, auf welchem derselbe Posten im Debet steht, mit dem Worte: Per, an. — Das Riscontro enthält ebenfalls auf gesonderten Conten die credita und debita des Kaufmannes, aber nur im Verhältnisse zu seinen Handlungsfreunden. Es ist also das Hauptbuch der einfachen Buchhaltung, wird jedoch von manchen Kaufleuten neben dem Hauptbuche der doppelten Buchhaltung geführt, um die Uebersicht des Standes dieser Verhältnisse zu erleichtern[104].

---

100) Vgl. Thöl a. a. O. §. 140.

101) Auch die von Jones erfundene englische Buchhaltung gibt dieselben Nachweisungen im Hauptbuche, sucht aber auf jedem Conto eine Controle der Richtigkeit des Eintrages zu gewähren. Bleibtreu a. a. O. S. 475 flg.

102) S. oben Note 50 und 76.

103) Für andere pflegt es gemeinsame Contos: Diversi Creditores und Debitores, zu geben.

104) Die neue teutsche Buchhaltung, welche die Vortheile der doppelten und einfachen vereinigen will, scheint keinen Anklang zu finden.

Bisweilen findet man selbst zwei, ein inländisches und ein ausländisches, je nach dem Wohnorte der Handelsfreunde[105]. — 2) Das Journal, Tagebuch, enthält eben dasselbe, was sich in dem, aus seinem Inhalte formirten, Hauptbuche findet, mit Angabe der Conto's des Hauptbuches, wo der Posten einzutragen ist, bei jedem einzelnen der Posten. Doch werden diese hier nicht doppelt, sondern nur einfach, nicht auf besondere Conto's, sondern in chronologischer Ordnung eingetragen. Außerdem enthält es aber auch die Angabe der Geschäfte, woraus die einzelnen debita und credita entsprungen sind; nicht aber die Angabe derjenigen Geschäfte, welche noch kein — einseitiges — debitum oder creditum erzeugt haben, wiewohl man zuweilen auch das Buch, welches diese nachweiset, ein Journal nennt (s. unten: Memorial). — Die Bildung dieses Journales aus anderen Büchern, die Anordnung des Hauptbuches, die Buchung in demselben, und der Abschluß der Bilanz, ist das Geschäft des eigentlichen Buchhalters als solchen, welches sich demnach auch dadurch auszeichnet, daß er diejenigen Verhältnisse, welche nicht ursprünglich einseitig sind, in credita und debita transscribirt. — 3) Das Memorial, manuale, Brouillard, Brouillon, Strazze, auch Cladde und Schmierbuch genannt, unterscheidet sich dadurch vom Journale, daß es nicht die Angabe der Conten des Hauptbuches enthält, auch nicht gerade die Posten als debita und credita bezeichnet, und demnach auch solche Handelsverhältnisse nachweisen kann und nachweisen soll, woraus sich noch keine einseitigen Forderungen entwickelt haben. Bisweilen wird zwar das Memorial auch so gehalten, daß man schon darin jeden Posten debitirt und creditirt[106], und dann kann es freilich die Stelle des Journales vertreten. Allein in Ansehung solcher Geschäftsverhältnisse, woraus noch keine credita und debita im angegebenen Sinne entstanden sind, wird kein Kaufmann eine solche Bezeichnung in seinen Büchern vornehmen, und diese müssen ebenfalls in dem Memorial verzeichnet sein, wenn es als solches betrachtet werden soll; es muß alle Handelsoperationen enthalten und ist dasjenige Buch, welches der Code de commerce[107] als livre journal, das badische Handelsrecht[108] als das Tagbuch bezeichnet. Im übrigen ist das Memorial dem Journale in Ansehung seines Inhaltes gleich, erscheint aber noch unentbehrlicher als dieses[109]. — Aus dem Memorial entnimmt der Buchhalter den Stoff für die Bildung des Journales, muß aber freilich dann, wenn es nicht die erforderliche Vollständigkeit hat, sich auch der Hilfsbücher bedienen. — Als Hilfsbücher sind alle übrigen Handelsbücher zu betrachten, und sie können, nach der von jedem Kauf-

---

105) Vgl. Büsch, Darstellung der Handlung Buch 4, Cap. 6, §. 16.
106) Ludovici a. a. O.
107) C. d. c. art. 8.
108) Bad. Handelsr. Art. 8.
109) Jedoch soll es oft, namentlich auch in Baden, von Kaufleuten nicht gehalten werden (Mittermaier a. a. O. §. 566, Note 3), wenn nicht etwa dabei das eigentliche Journal gemeint ist.

manne gewählten Einrichtung, sehr mannigfaltig sein. Als solche pflegen vorzukommen: das Contocurrent-, Waarenscontro-, Wechselscontro-, Cassenscontro-, Bankscontro-, Waareneinkaufs-, Waarenverkaufs-, Waarencalculations-, Factur-, Commissions-, Speditionsrechnungs-, Wechselcopir-, Handlungsunkosten-, Briefcopirbuch, die Meßhilfsbücher und andere[110]. — Der Ausdruck: Conto currente, hat eine zweifache Bedeutung: einmal bezeichnet er das Verhältniß der laufenden Rechnung zwischen zwei Kaufleuten, vermöge dessen sie sich ihre Forderungen durch Buchung bis zum Rechnungsabschlusse creditiren; anderentheils aber die Abrechnung, welche sie sich beim Rechnungsschlusse über dieses Verhältniß zulegen.

Von juristischem Interesse sind hier nun die Fragen: welche Bücher ist der Kaufmann zu halten schuldig? welche Beschaffenheit müssen sie haben? und inwiefern wohnt ihnen eine Beweiskraft bei? — In Ansehung der ersten Frage fehlt es an gemeinrechtlichen Bestimmungen. Man kann also nur insofern von einer Schuldigkeit, Handlungsbücher zu führen, reden, als davon rechtliche Momente abhängen. Als solche kann man nur die Beweisführung durch Handelsbücher, und die Qualität eines ordentlichen Kaufmannes nennen, welche ja allerdings von juridischer Bedeutung sein kann, wenn sein Verhalten seinen Creditoren gegenüber zur richterlichen Beurtheilung steht. Handelsgesetze stellen selbst die Vermuthung auf, daß die Insolvenz eines Kaufmannes, der nicht gehörig Buch führte, seinem Verschulden beizumessen sei[111]. In der letzteren Beziehung (von der ersteren wird unten die Rede sein) kann man nun weder die Führung der besonderen Hilfsbücher, noch die eines Hauptbuches oder eines Journales für nothwendig erachten. Denn auch abgesehen davon, daß mancher Kaufmann den Credit eines ordentlichen Kaufmannes genießt, ohne irgend eines dieser Bücher zu führen, und daß das Journal nur bei der doppelten Buchführung erforderlich erscheint, zu welcher niemand verpflichtet sein kann, findet sich der Inhalt dieser Bücher schon in dem Memorial. Dieses muß man aber, mit welchem Namen man es auch belege, für nothwendig erachten, und man wird nicht behaupten können, daß es durch andere Bücher, wenn sie auch dasselbe enthalten, ersetzt werden könne. Denn um das Verhalten eines Kaufmannes prüfen zu können, bedarf es einer Uebersicht seiner ganzen Geschäftsthätigkeit, und einer Garantie dafür, daß die Aufzeichnung derselben nicht gefälscht sei. Und diese kann nur dann vorhanden sein, wenn jene in einem einzigen Buche so zusammengestellt ist, daß Abänderungen bemerklich sein müßten. — Die Führung dieses Buches machen denn auch das französische und badische Handelsrecht dem Kaufmanne zur Pflicht, wiewohl unter dem Namen des livre journal oder Tagebuch, und fordern daneben nur noch die Führung eines Inventarienbuches[112]. — Die

110) Vgl. Bleibtreu a. a. O. S. 482 flg.
111) C. d. c. art. 13 u. 594. Niederl. H.-G.-B. Art. 9. Portug. Art. 222.
112) C. d. c. art. 8. 9. Bad. H.-R. Art. 8. 9.

zweite Frage läßt sich gemeinrechtlich nur dahin beantworten: daß die Bücher, es sei nun um die Beweiskraft oder die Qualität eines ordentlichen Kaufmannes zu begründen, in derjenigen Ordnung, welche der Kaufmannsgebrauch erfordert[113]), und so geführt sein müssen, daß kein gegründeter Verdacht ihrer Fälschung obwaltet. Um solchem Verdachte nicht Raum zu geben, muß das Buch gehörig gebunden und fortlaufend paginirt sein, so daß die Möglichkeit einer Entfernung oder Hineinfügung beschriebener Blätter ausgeschlossen ist; es muß in chronologischer Ordnung und ohne freie Zwischenräume geführt sein, damit die Absicht späterer Einschaltungen nicht zu vermuthen steht[114]); es muß keine Spuren späterer Abänderungen an sich tragen, welche das Veränderte unkenntlich machen, also keine Rasuren und keine die Lesbarkeit aufhebende Durchstreichungen, und eben so wenig darf es wirkliche Einschaltungen enthalten[115]). — Das französische und badische Handelsrecht fordern außerdem noch, daß die Bücher, deren Führung sie dem Kaufmanne zur Pflicht machen, von einer öffentlichen Person paginirt und paraphirt, ersteres auch, daß sie von einer solchen jährlich visirt werden[116]). — In Ansehung der dritten Frage kommen mehrere Momente in Betracht[117]). Die eigenthümliche Beweiskraft der Handelsbücher besteht darin, daß sie pro scribente beweisen. Der Inhalt eines Handelsbuches, worauf sich derjenige, in dessen Angelegenheiten es geführt wird, zur Begründung eines von ihm erhobenen Anspruches berufen könnte, kann entweder ein mit seinem Gegner abgeschlossenes oder überhaupt diesen verpflichtendes Geschäft (negotium), oder das Eingetragensein des letzteren als Schuldner (eine expensilatio) sein[118]). Die expensilatio wird nun allerdings auf das vollkommenste durch das Buch erwiesen; allein der Beweis einer einseitigen expensilatio kann an sich von keiner Relevanz sein[119]):

---

113) Freiburg. Stat. v. 1520 Bl. 21: on argwönig un ordenlich. Frankf. Reform. I. 31. §. 12: ordentlich und formlich. Hamb. St.-R. I. 30. Art. 6. Preuß. Landr. II. 8. §. 566: nach kaufmännischer Art.

114) Noch sicherer wäre es, die einzelnen Posten zu numeriren.

115) C. de c. art. 10. Bad. Handelsr. Art. 10.

116) C. de c. art. 10. 11. Bad. H.-R. Art. 10, 11.

117) Die Literatur bei Mittermaier a. a. O. §. 568, Note 1, und Linde, Lehrb. des Civilproz. §. 277, Note 10.

118) Sollte der Fall eintreten, daß jemand in der Lage wäre, sich darauf zu berufen, daß er jemanden als Gläubiger eingetragen, eine acceptilatio vorgenommen habe, so würde dieß in Beziehung auf den Beweis für ihn, von Argumentationen abgesehen, dem Falle der expensilatio gleich stehen.

119) Auch die Bücher der Argentarien, welche ohne Zweifel im wesentlichen Acceptilationen und Expensilationen enthielten, bewiesen die Richtigkeit der letzteren gegen den als Schuldner Eingetragenen für den Argentarius nicht. Nach der unglossirten Nov. 136. c. 5. ist die Eintragung jedoch verpflichtend, wenn der Schuldner sie unterschrieben hat. — Ueberhaupt läßt sich in den eigenen Angelegenheiten der Argentarien überall kein besonderes Vorrecht ihrer Bücher nachweisen. S. über diese Materie: Kraut, de argentariis et nummul. Gött. 1826.; und für die Ableitung aus den rationes domesticae der Römer: Pöhls, Handelsr. I. S. 349, dagegen aber: M. Mittermaier, über die Gründe der Verpflichtung zur Edition der Urkunden S. 53.

Auch selbst wenn die Zustimmung des angeblichen Schuldners zu derselben erwiesen wäre, würde sie jetzt kein selbstständiger Verpflichtungsgrund mehr sein[120]). Ob aber die expensilatio ein Beweisgrund pro scribente sein könnte, und in welchem Grade, das würde vom richterlichen Ermessen abhängen[121]); und dasselbe muß auch von dem Eingetragensein eines negotium gelten. — Eine gewisse Beweiskraft pro scribente kann also schon nach allgemeinen Grundsätzen einem Handlungsbuche beiwohnen, und unter hinzutretenden Umständen könnte mit seiner Hilfe denn auch eine vollkommene Bewiesenheit erbracht werden, so wenn das Buch des Gegners, welches übereinstimmte, ebenfalls bei der Beweisführung benutzt werden könnte. Eine größere Beweiskraft der Handelsbücher pro scribente läßt sich gemeinrechtlich nicht begründen, da sich eine allgemeine Gewohnheit dafür nicht erweisen läßt; wiewohl man sich für eine solche in Streitigkeiten unter Kaufleuten darauf berufen hat, daß schon seit dem 16. Jahrhunderte die Gewohnheit geherrscht, die Bücher der Kaufleute als gemeinschaftliche Urkunden anzusehen, und daß die kaufmännische Ehre eine treue Buchführung erfordere[122]). — Eine besondere Beweiskraft wird aber schon dann dem Handelsbuche beigelegt, wenn derjenige, welcher sich darauf berufen hat, dasselbe auch pro scribente gegen sich gelten lassen muß[123]); wiewohl Mißverständniß römischer Bestimmungen, dieß als eine allgemeine Regel zu betrachten, Veranlassung geben kann[124]). Indeß haben die Gesetze dieselbe regelmäßig nicht von diesem Umstande abhängig gemacht, aber auch sie nur selten zur Erbringung voller Bewiesenheit gesteigert. Ausnahmsweise wird jedoch nach einigen Gesetzen eine solche durch das Handelsbuch erbracht in Streitigkeiten von Kaufleuten unter einander[125]), so wie nach dem Tode des Kaufmannes, der im guten Rufe verstorben ist[126]). Die Regel ist aber, daß das Buch halben Beweis pro scribente erbringt, so daß noch dessen Er-

---

120) Anders bei dem altrömischen Literalcontracte.

121) L. 25. §. 2. D. depositi (16. 3.)... an autem is quoque, qui deberi sibi cavit in eadem epistola decem, probare possit hoc, quod scripsit (sc. epistola), indicem aestimaturum. — Vgl. L. 5. C. de probatt. (4. 19.)

122) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 568, II. u. das. Cit.

123) Statute von Bologna v. 1454 §. 2 bei Martens, vom Ursprunge des Wechselr. Anh. Nr. 10, S. 57, und ebendas. S. 32, über die Ableitung des Vorrechtes aus den Büchern der campsores. Ueber die Ableitung aus dem Talmud: Hommel, literar. iur. p. 89.; aber dagegen auch Runde, Beitr. zur Erläut. rechtl. Gegenstände Bd. 1, Nr. 15.

124) So pflegt man zu verstehen Nov. 46. c. 2. §. 1., welche aber nicht mehr sagt, als wer sich auf eine Urkunde berufe, sie auch gegen sich als echt anerkennen müsse. Andere Stellen, worauf man sich beruft (vgl. Linde, Lehrb. d. Civilproz. §. 276, Note 9), sagen noch weniger dafür.

125) Preuß. Landr. II. Tit. 8, §. 569, 572, 575, 576. C. de c. art. 12. vgl. mit Code civil art. 1329., jedoch mit Abhängigkeit vom richterlichen Ermessen. Ueber die ausländ. Gesetzgebungen: Mittermaier a. a. O. §. 569, Note 16, 20—23.

126) Hamb. St.-R. I. Tit. 30, a. 7.

gänzungseid erforderlich ist und zugelassen wird[127]). Besondere Beschränkungen sind: daß die Beweiskraft nur dann eintritt, wenn der Gegner ungehorsam ist, also nicht leugnet, oder daß das der Forderung zum Grunde gelegte Geschäft anderweitig schon constirt[128]), oder nur unter Handelsleuten[129]); daß sie nur stattfindet, wenn innerhalb einer gewissen Zeit geklagt wird[130]), daß sie nur in Ansehung der Summe eines anderweitig schon erwiesenen Forderungsverhältnisses stattfindet[131]), und daß sie auf eine gewisse Summe beschränkt ist[132]). Von der letzteren Beschränkung werden sich aber nur bei den Geschäftsbüchern der Krämer oder Detaillisten Beispiele finden. Deren Büchern kann auch, vorausgesetzt daß sie dieselben ordentlich nach Handelsgebrauch führen, dieselbe Beweiskraft, welche denen der Kaufleute beiwohnt, um so weniger abgesprochen werden, als Gesetze sie ausdrücklich, wenn auch zuweilen mit Modificationen der angegebenen Art, anerkennen[133]). Eben so wenig ist ein Grund vorhanden, sie den gehörig geführten Büchern der Banquiers und Wechsler zu versagen[134]). Bisweilen ist dieß Vorrecht der Handelsbücher auch auf die nach kaufmännischer Art geführten Geschäftsbücher anderer Gewerbtreibenden ausgedehnt, als der Apotheker[135]), Fabrikanten und Handwerker[136]). Auch den Büchern der Juden, welche Gewerbe der gedachten Art treiben, kann es nicht entzogen sein, wenn sie gehörig und in teutscher Sprache geführt werden[137]). — Dahingegen kann den Büchern solcher Personen, welche, ohne den Handel zu ihrem regelmäßigen Berufe gemacht zu haben, nur gelegentlich sich auf Handelsspeculationen einlassen, jenes Vorrecht

---

127) Preuß. Landr. a. a. O. Frankf. Reform. I. 31. §. 12. Hamb. St.-R. I. Tit. 30, §. 6. Vgl. Martens, Grundr. §. 41. Runde, Grundf. §. 462. Ebeling, Beweiskraft der Handlungsbücher S. 58. Pöhls, H.-R. I. S. 357. Mittermaier a. a. O. §. 569.

128) Arch. f. d. Handelsr. I. S. 41, II. S. 431—449. Pöhls a. a. O. I. §. 166.

129) Hannöv. Verordn. v. 21. März 1720. Ern. sächs. Prozeßordn. Tit. 30, §. 4. Goth. Prozeßordn. v. 1776 Cap. 16, §. 5.

130) Preuß. Landr. a. a. O. §. 595. In Schleswig und Holstein (s. d. Verordn. v. 14. März 1783), in Mecklenburg (Verordn. v. 29. Dec. 1772), in Anhalt-Dessau und Lippe (Ebeling a. a. O. S. 63).

131) Leyser, spec. 279. med. 1. 2. v. Quistorp, rechtl. Bemerkungen S. 120. Struben, rechtl. Bedenken I. Nr. 35, V. Nr. 104, was aber als gemeinrechtlich (Eichhorn, Einl. §. 389, Note g) nicht betrachtet werden kann. Mittermaier a. a. O. §. 561, Note 9.

132) Lüb. R. V. Tit. 6, §. 4.

133) Frankf. Reform. a. a. O. Lüb. R. a. a. O. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 568.

134) Eichhorn a. a. O. Note l. Mittermaier a. a. O. Note 11. A. M. Runde a. a. O. §. 460, der sich auch gegen die Ausdehnung auf Lotteriecollecteurs erklärt.

135) Preuß. Landr. a. a. O. §. 473.

136) Freiburg. Stat. a. a. O. Frankf. Ref. a. a. O. Lüb. R. a. a. O., auch der Brauer nach Hamb. St.-R. a. a. O. Art. 6.

137) Mittermaier a. a. O. §. 117, Note 23 a, Note 24. S. indeß auch die bei Runde, a. a. O. §. 643, Note h, angeführten Cölln. u. hessencass. Judenordnungen.

nicht zugeschrieben werden; weil sich bei ihnen keine eigentlichen Handelsbücher finden können, nämlich keine solchen, welche ein Handelsgewerbe als einen einzigen Inbegriff von untereinander in einem solchen Zusammenhange stehenden Geschäften umfassen, daß sie factisch ein besonderes Vermögensganzes bilden, und welche so eine Controle über dessen Bildung gewähren[138]). — Dabei versteht es sich von selber, daß dasselbe nur in Angelegenheiten des Handels, oder des demselben in dieser Beziehung gleichgestellten Gewerbes, stattfindet, nicht aber in Ansehung sonstiger Verhältnisse, über welche jene Bücher etwa Aufzeichnungen enthalten, z. B. über die Rückzahlung von Darlehnen, welche der Kaufmann in sein Geschäft genommen hat, sogen. Depositen. — Daß weder den Hilfsbüchern noch dem Hauptbuche der doppelten Buchhaltung die Beweiskraft beiwohnt, darf als anerkannt betrachtet werden. Nach der Natur der Sache muß man sie demjenigen Buche zuschreiben, welches die chronologische Ordnung und den Inhalt des Memorials in sich vereinigt, also auch die causa debiti und crediti[139]) angibt. Denn diese Momente erscheinen als wesentlich, um die Muthmaßung willkürlicher Eintragungen zu entfernen. Indeß kann allerdings auch der Gebrauch der übrigen Bücher, und namentlich auch der Hilfsbücher, auf Erfordern bei der Beweisführung nothwendig werden, um an ihrer Uebereinstimmung die Richtigkeit der Eintragungen in jenes Buch zu prüfen[140]). Insofern aber nicht von bloßen Engagements die Rede ist, sondern von eigentlichen debita oder resp. credita, hat auch das Journal die zur Beweiskraft erforderlichen Eigenschaften, und bei der einfachen Buchführung kann möglicherweise auch dasjenige Buch, welches als das Hauptbuch bezeichnet wird, diese Eigenschaften an sich tragen. Wo man dem Journale die Beweiskraft beilegt, ist man auch nicht immer sicher, daß nicht das Memorial gemeint sei[141]); und man darf auf die Benennungen um so weniger entscheidendes Gewicht legen, als eine kunstgerechte Buchführung sich regelmäßig nur in den größeren Handlungen eigentlicher Handelsstädte finden wird. — Bei der Beweisführung ist das Buch im Originale dem Gerichte und dem anwesenden Gegner vorzulegen, und wenn auch die Einsicht einzelner Theile verbeten werden kann, und ein Verschluß derselben gestattet sein muß, so darf sie doch nicht so weit beschränkt werden, daß eine Beurtheilung der Führung des Buches unmöglich wird[142]). Wo

138) Das Vorrecht wird ihnen auch abgesprochen von Schneider, vom rechtl. Beweise (neue Ausg. von Hofmann, Gießen 1842) §. 243, aber deshalb, weil sie unbeschadet ihres Gewerbes schriftliche Contracte über solche Geschäfte errichten können. Das kann aber auch oft eben so gut von Großhändlern gesagt werden, bei denen sie sich auch in ihrer Correspondenz finden.

139) Hamb. St.-R. I. Tit. 30, §. 6.

140) Preuß. Landr. a. a. O. §. 567. Ebeling a. a. O. §. 24. Ueber den Beweis durch Handelsbücher (Leipz. 1830), S. 121.

141) Der Cladde oder dem Schmierbuche pflegt man indeß die Beweiskraft abzusprechen. Vgl. die Cit. Note 128. — Irrige Ansichten bei Schneider a. a. O. §. 244.

142) Preuß. Landr. a. a. O. §. 567, 568. Martens a. a. O. §. 40. Ebeling a. a. O. S. 28. Eichhorn a. a. O. §. 389, Note o. Mittermaier a. a. O. §. 569, Note 15.

der Erfüllungseid erforderlich ist, wird derselbe von dem Kaufmanne selber, bei Societäten wenigstens von einem der activen Gesellschafter, geleistet[143]). Nach dem Tode des Kaufmannes läßt man auch zuweilen den Eid desjenigen zu, welcher das Buch führte[144]); sonst müssen hier die Regeln entscheiden, welche überhaupt von verlornen Beweismitteln gelten[145]), wenn nicht etwa für diesen Fall der Eid ganz erlassen ist[146]). Im Concurse kann man nur dann eine Schwächung der Beweiskraft des Buches eintreten lassen, wenn derselbe mit solchen Umständen verbunden ist, welche dem Falliten die Eigenschaft eines rechtlichen und ordentlichen Kaufmannes zu entziehen geeignet sind[147]), wohin denn auch eine unordentliche Buchführung gehört. Denn der Mangel des guten Rufes schwächt überhaupt die Beweiskraft des Handelsbuches[148]). Sonst kann es kein Bedenken leiden, auch den Falliten zur Ableistung des Erfüllungseides zuzulassen.

III. Handelsgesellschaften sind Vereine von Personen zur Treibung eines Handelsgewerbes[149]); also zu einem nicht auf einzelne speciell bestimmte Unternehmungen beschränkten Handelsgeschäfte, oder zu einem Handelsetablissement. — Sie sind also sogen. societates quaestuariae und zwar particulares[150]) und zu unterscheiden von den Vereinigungen zu einem einzelnen Handelsunternehmen, den societates unius rei oder dem Betriebe eines Handelsgeschäftes a conto meta, a conto tertia u. s. w., en participation, oder auf gemeinschaftliche Rechnung[151]). Sie sind gemeinrechtlich nach den gewöhnlichen Grundsätzen über Gesellschaften zu beurtheilen, jedoch unter den Hauptmodificationen: daß man auch diejenige Person einen Handelsgesellschafter nennt, welche einer anderen blos Fond zur Betreibung eines Handelsgewerbes gegen Mittheilung des dadurch erzielten Erwerbes liefert, auch stiller socius, simple bailleur de fonds[152]) genannt; und daß man jeden wirklichen activen

---

143) Fischer in Wagner, Zeitschr. f. östr. Rechtsgelehrsamkeit 1826, H. 1, S. 40. Mittermaier a. a. O. Note 14.

144) Preuß. Landr. a. a. O. §. 576 flg. S. über die Beweiskraft (oben Note 140) S. 125.

145) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 569, Nr. VII.

146) Vgl. oben Note 126.

147) Preuß. Landr. a. a. O. §. 608—610. Heinecc., de mercator. qui foris cesserunt ration. et codicib. (opp. Tom. II. ex. 15.). Eichhorn a. a. O. Note p. Mittermaier a. a. O. §. 569, Nr. VI.

148) Freib. Stat. a. a. O. Frankf. Reform. a. a. O. Preuß. Landr. §. 611. Hamb. St.-R. I. Tit. 30, §. 6. Der schlechte Ruf wird aber noch nicht als ein Grund betrachtet werden können, welcher dem Handelsbuche alle und jede, auch die vom richterlichen Ermessen abhängige (vgl. oben Note 121) Beweiskraft entzieht. S. übrigens Mittermaier a. a. O. §. 569, Nr. III.

149) Also: des Erwerbes wegen und nicht auf einzelne Geschäfte beschränkt. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 554. Thöl a. a. O. §. 34. Die Literatur ebendas. resp. §. 554, Note 8, §. 34, Note 1.

150) Vgl. Thibaut, Syst. des Pandektenr. §. 537, 538.

151) Als association von der société unterschieden im Code de c. art. 47—50.

152) Code de c. art. 23.

Handelsgesellschafter, auch den offenen socius genannt, in Ansehung jedes anderen socius gleicher Art als dessen Mandatar oder Factor betrachtet[153]), wie dieß auch in Handelsgesetzen anerkannt wird[154]). Dieß hat in Beziehung auf dritte Personen die Folge, daß der stille socius mit denselben überall in kein Verhältniß in Ansehung der Gesellschaftsangelegenheiten tritt und von ihnen wegen derselben aus eigenem Rechte nie belangt werden kann, und dahingegen jeder offene socius Dritten gegenüber wegen solcher Angelegenheiten in solidum verhaftet ist[155]). Nur dann, wenn der stille Socius sich dem Publicum gegenüber als ein solcher absichtlich kenntlich machte, würde man darin die Aufforderung finden können, mit den offenen Gesellschaftern unter seiner Mitverhaftung zu contrahiren; welche jedem aus dem Publicum zur Acceptation durch Folgeleistung verstellt und, da damit auch die Erklärung eigener Haftung gegeben wäre, die Wirkung eines mandatum qualificatum haben müßte. Denn daß dieses nicht den Vortheil des Mandator bezwecken dürfe, hat kein Gesetz gesagt, und kann auch aus dessen Bedeutung nicht gefolgert werden[156]). Allein dadurch würde das Verhältniß des stillen socius eine seinem Wesen fremde Beimischung erhalten[157]). — Diese Verschiedenartigkeit der Gesellschafter macht drei Arten der Handelsgesellschaften möglich: 1) die eigentliche Handelsgesellschaft oder Collectivgesellschaft, welche aus lauter offenen Gesellschaftern besteht; 2) die Commanditengesellschaft, die theils aus offenen, theils aus stillen Gesellschaftern zusammengesetzt ist; und 3) die anonyme Gesellschaft, welche aus lauter stillen Gesellschaftern besteht, und dann, wenn sie auf eine gewisse Anzahl von bestimmten Betheiligungsquoten, Actien genannt, gegründet ist, eine Actiengesellschaft oder Verein heißt[158]).

---

153) Man wird dieß (obgleich es keineswegs römischer Grundsatz ist: L. 4. pr. D. de exerc. act. [14. 1.]) als allgemeine handelsrechtliche Ansicht betrachten dürfen, die in der Art gegründet ist, wie die Gesellschafter dem Publicum gegenüber durch die Bekanntmachung ihrer Firma (s. unten) auftraten. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 555, IX, jedoch auch §. 554, Note 3—6. Eichhorn a. a. O. §. 387, II, und Thöl a. a. O. §. 37 a. E. Ueber das correale Verhältniß auch: Appelius, Arch. f. c. P. XVI. S. 280 flg.

154) Preuß. Landr. §. 633, 634.

155) Eine Reihe von Gesetzen über das Correalverhältniß bei Mittermaier a. a. O. §. 554, Note 6. Thöl a. a. O. §. 38, Note 3. — Vgl. auch unten Note 297.

156) Denn es wird nur eine Aufforderung auf Gefahr des Auffordernden mit einem Dritten zu contrahiren, namentlich ihm zu creditiren, dabei vorausgesetzt: L. 12. §. 14. L. 32. D. mandati. (17. 1.) L. 18. D. de fideiussor. (46. 1.)

157) Consequent ist es daher, daß nach dem Code de c. art. 25. der Name eines stillen socius nicht in der Firma stehen kann. Und wenn man dieß nach gemeinem Handelsrechte gestattet, und das gesellschaftliche Verhältniß an sich dadurch nicht geändert wird (vgl. Thöl a. a. O. §. 42, Note 1, 2, 3), so folgt daraus noch nicht, daß ein solches Auftreten des stillen socius überall keine Wirkung habe.

158) Nach dem Vorgange des Code de comm. art. 19. finden sich diese Arten der Handelsgesellschaften in den neueren Gesetzen durchgängig unterschieden: Mittermaier a. a. O. §. 554 flg. Thöl a. a. O. §. 35, Note 1.

Handelsgesellschaften haben ferner eine Firma, raison, raggion, Ditta. Sie bezeichnet sowohl die Personen, welche ein Handelsgewerbe betreiben oder ein Handelsetablissement haben, als auch dieses Etablissement selbst[159]). In der letzteren Bedeutung kann sie bei jedem Handelsetablissement stattfinden, selbst bei demjenigen, welches auf Rechnung einer einzigen Person geführt wird und bei demjenigen, welches durch eine anonyme Gesellschaft gegründet ist; wiewohl bei ersterem der Gebrauch der Firma keinen Einfluß darauf haben kann, wer aus dem Geschäfte berechtigt oder verpflichtet wird[160]). Eine Firma in der ersteren Bedeutung kann man dahingegen nur bei offenen Gesellschaftern annehmen, nur solche haben eine Firma in diesem Sinne und sind unter einer solchen vereint; und nur aus den Geschäften, welche unter der Firma abgeschlossen sind, können alle solidarisch berechtigt und verpflichtet werden[161]). Es ist aber nicht erforderlich, daß die Namen aller offenen Gesellschafter in der Firma ausdrücklich genannt werden, sondern es genügt, wenn nur der Name eines einzigen derselben darin ausgedrückt, und die Theilhaberschaft Anderer durch den Zusatz: et Compagnie, angedeutet ist[162]). Insofern die Firma Namen enthält, welche überhaupt nicht Subjecte oder Interessenten des Etablissements sind, auch nicht als solche haften[163]), kann sie nur als eine Benennung des Etablissements in den Geschäften der Gesellschafter juridische Bedeutung haben[164]); es darf keine Firma gewählt werden, welche von anderen bereits publicirten und noch bestehenden nicht unterscheidbar ist, es sei denn, daß sie blos die wirklichen Namen der Gesellschafter enthielte[165]).

Von den Handelsgesellschaften muß man indeß die Handelsverbrüderungen, Kaufmannsgilden und Kaufmannscorporationen oder Innungen unterscheiden[166]), deren Glieder nicht den Zweck haben, ein Handelsgewerbe zu betreiben, sondern sich durch vereintes Wirken und dazu dienende Veranstaltungen die Betreibung des Handelsgewerbes, aber einem jeden für seine eigene Rechnung, möglich zu machen oder zu erleichtern.

---

159) Vgl. Thöl a. a. O. §. 36.

160) Bei der anonymen Gesellschaft muß der Vorsteher derselben sich unbedingt selbst verantwortlich machen, wenn er sich der Firma nicht bedient. Vgl. unten.

161) Die Firma in diesem, dem eigentlichen Sinne, muß also doch als der offenen Gesellschaft eigenthümlich betrachtet werden. S. indeß Thöl a. a. O. §. 35 a. E., §. 36, II, Ziff. 1.

162) So ist es kaufmännischer Gebrauch. Darüber: Vosmaer, de societate nom. (Lovan. 1829.) p. 10—20. Mittermaier a. a. O. §. 555, II. Thöl a. a. O. §. 36, III. IV.

163) Eine solche Haftung könnte nämlich unter Umständen dadurch begründet werden, daß sie den Gebrauch ihres Namens in der Firma gestatten.

164) Particularrechte untersagen es, fremde Namen in die Firma aufzunehmen. Code de c. art. 21.

165) Mittermaier a. a. O. §. 555, III., jedoch auch Thöl a. a. O. §. 36, IV.

166) Vgl. Hüllmann, Gesch. des Ursprunges der Stände I. S. 220. Fischer, Gesch. des Handels I. S. 335.

Sie sind bloße Verbrüderungen, so lange der Staat ihren Zweck nicht auch zu dem seinigen gemacht hat; sie sind Gemeinden, auch Corporationen genannt, wenn dieß der Fall ist[167]). Die alten Kaufmannsgilden, welche sich schon in den frühesten Zeiten finden[168]), waren ursprünglich bloße Verbrüderungen. Sie werden indeß zuweilen mit dem Namen Compagnie oder Gesellschaft belegt[168a]), auch regulirte Gesellschaften genannt[169]).

1) Die eigentliche Handelsgesellschaft (die offene, Collectivgesellschaft) entsteht durch bloße Uebereinkunft der Gesellschafter, durch consensus. Schriftliche Aufzeichnung des Gesellschaftsvertrages wird nur nach Particularrechten gefordert[170]). Diese pflegen auch öffentliche Bekanntmachung der Namen der Gesellschafter, der Firma, der Namen derjenigen, welche unter der Firma Geschäfte zu machen befugt sein sollen, des Anfangs- und des Endpunktes des Gesellschaftsverhältnisses, der Art und des Umfanges der Haftungspflicht zu fordern[171]). Zuweilen wird auch Anzeige bei einer öffentlichen Behörde, Eintragung in öffentliche Bücher vorgeschrieben[172]). Als kaufmännischer Gebrauch ist indeß die Bekanntmachung der Eingehung der Gesellschaft, der Firma, der Gesellschafter, welche sich derselben bedienen dürfen, durch öffentliche Blätter und durch Circuläre an die Kaufleute, mit denen die Gesellschafter in Gesellschaftsverhältnisse zu treten erwarten, welchen letzteren auch die Unterschrift jener firmirenden Mitglieder hinzugefügt wird, so allgemein, daß man sie als die factische Bedingung der Anerkennung der Gesellschaft als solcher in der Handelswelt betrachten kann. — Die Verpflichtungen der Gesellschafter untereinander bestehen darin: zum Gesellschaftszwecke dasjenige Vermögen und diejenige Thätigkeit aufzuwenden, welche versprochen, und in dem Grade, wie die rechtliche Natur des Verhältnisses es erfordert (diligentia quam suis rebus adhibere solet[173]); wohin auch die Benutzung von Connexionen gehört. Betreibung von gleichartigen Geschäften von Seiten eines der Gesellschafter für eigene Rechnung erscheint damit nicht vereinbarlich, wenn sie nicht mit dem Willen der Mitgesellschafter geschieht; es sei denn, daß das Interesse dieser gar nicht dadurch verletzt würde; z. B. wenn der Gesellschaftsfond es nicht zuließe, ein

---

167) S. den Art. Gemeinde.

168) S. Wilda, das Gildenwesen im Mittelalter, Abschn. Kaufmannsgilden.

168a) So in Lübeck und Hamburg, z. B. Cirkler Compagnie, Schonenfahrergesellschaft u. s. w. S. Wilda a. a. O. S. 261 flg.

169) Nach dem englischen regulated, auch open company. S. Pöhls, das Recht der Actienges. §. 12, S. 58, 59.

170) Z. B. preuß. Landr. §. 617.

171) Z. B. Code de c. art. 42 sq. Andere hierher gehörige Gesetze bei Thöl a. a. O. §. 37 b, Note 3, 4.

172) Z. B. Code de c. a. a. O.

173) Denn, wenn auch der offene socius den Dritten gegenüber als Factor oder Institor der übrigen offenen socii gilt, so folgt doch daraus nicht, daß er auch diesen gegenüber zu dem Fleiße eines solchen, also eines Mandatars, verbunden ist.

Geschäft zu machen[174]). Ferner ist jeder den übrigen verpflichtet, von den von ihm vorgenommenen Gesellschaftshandlungen durch Bewirkung der gehörigen Eintragung in die Geschäftsbücher Rechenschaft zu geben; dasjenige, was durch solche Handlungen in seine Hände gekommen ist, beziehungsweise in das Geschäft zu verwenden oder den übrigen Gesellschaftern zu ihrem Antheile auszuantworten, auch diesen für ihren Aufwand in Gesellschaftsangelegenheiten die ihnen nach den Grundsätzen der gewöhnlichen Societät gebührende Vergütung zufließen zu lassen; wenn er allein dem ganzen Geschäfte vorsteht, zu den üblichen Zeiten des Rechnungsabschlusses durch Vorlegung der Bilanz Rechnung abzulegen, auch den Gesellschaftern die Einsicht der Handlungsbücher zu gestatten[175]). Diesen Verpflichtungen entsprechen natürlich die Rechte der übrigen. Das Genauere hängt von den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages ab, für deren Zulässigkeit und Wirksamkeit sich gemeinrechtlich besondere Grundsätze nicht behaupten lassen. Als eine Besonderheit der Handelsgesellschaft pflegt es auch angesehen zu werden, daß, wenn nicht ein anderes verabredet, nicht nach Köpfen, sondern nach Verhältniß der Beiträge, unter den Gesellschaftern Gewinn und Verlust zu vertheilen ist. — Eine so unverhältnißmäßige Bestimmung über Antheil am Gewinn und Verlust, welche den Begriff einer Gemeinschaftlichkeit beider aufhebt, kann aber mit dem Wesen einer wahren Gesellschaft[176]), und eben so mit dem einer eigentlichen Handelsgesellschaft, nicht bestehen; mag auch eine solche Uebereinkunft ein rechtliches Verhältniß anderer Art begründen können[177]). Im Verhältnisse zu den Beiträgen ungleicher Antheile kann aber giltig festgesetzt werden, und noch weniger leidet es Bedenken, daß der Beitrag an Thätigkeit oder durch Gebrauch von Connexionen dem an erworbenem Vermögen gleichgestellt werden darf[178]). Auch in Ansehung des Austrittes aus der Gesellschaft gelten die gewöhnlichen Regeln, und nur particularrechtlich findet die Abweichung statt, daß ein Gesellschafter durch den Vertrag auch seine Erben berechtigen oder verpflichten könne, das Gesellschaftsverhältniß fortzusetzen[179]). Durch den Tod eines einzelnen der

---

174) Anders: Thöl a. a. O. §. 38, Zif. 4.

175) Dieß ergibt sich aus der Anwendung der allgemeinen Regeln über die Societät auf das Verhältniß der Handelssocietät. Andere Regeln lassen sich unmittelbar anwenden, z. B. die über die Verpflichtung, Verzugszinsen zu zahlen.

176) L. 29. §. 2. D. pro socio. (17. 2.) Daß aber ein socius kein nicht durch das Gesellschaftsverhältniß erworbenes Vermögen zum Verluste zu contribuiren brauche, kann giltig festgesetzt werden. §. 2. J. de societate. (3. 26.)

177) S. indeß Thibaut a. a. O. §. 542.

178) Sogen. Connexionen haben im Handel eben sowohl Werth, wie eigentliche Geschäftskenntnisse. In Beziehung auf letztere vgl. §. 2. J. cit. Daß man, wenn in Ansehung der Antheile nichts verabredet ist, Theilung nach Verhältniß der Beiträge anerkennt (vgl. Mittermaier a. a. O. §. 554, Note 9, §. 555, XV.), läßt sich wenigstens durch L. 29. D. und §. 2. J. cit., mithin nach den Regeln über gewöhnliche Societäten, nur begründen, wenn man die partes societatis auch auf die Beiträge bezieht.

179) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 554, Note 8.

Gesellschafter von mehr als zweien kann die Gesellschaft nur dann als aufgelöst gelten, wenn die Fortdauer derselben unter den Uebrigbleibenden nicht bei der Eingehung verabredet worden ist[180]), während der Tod eines von zweien nothwendig die Auflösung derselben nach sich ziehen muß. — Es ist dann keine fortgesetzte Gesellschaft mehr möglich, wenn auch der übrigbleibende Gesellschafter natürlich mit anderen Personen eine andere gleiche Gesellschaft wiederum eingehen kann. Wenn ein anderer Gesellschafter eintritt, muß nämlich die Gesellschaft juridisch immer als eine neue gelten, so wie ebenfalls dann, wenn ein neuer Vertrag unter bisherigen Gesellschaftern erforderlich und geschlossen wird, selbst wenn das Verhältniß sonst dem alten gleich bleibt. Doch redet man auch hier von einer Fortsetzung der Gesellschaft[181]). Auch durch Fallissement selbst nur eines der Gesellschafter erreicht die Gesellschaft ihr Ende[182]). — Inwiefern übrigens, ungeachtet der Beendigung des Gesellschafsverhältnisses die ehemaligen Gesellschafter noch durch Handlungen, welche einer von ihnen vornimmt, verpflichtet werden können, darüber müssen die bei dem Verhältnisse des Institor geltenden Regeln entscheiden[183]). Ein eingetretener neuer Gesellschafter steht erst von dem Zeitpunkte seines Eintrittes an zu seinen Mitgesellschaftern in jenem Institorenverhältnisse, es beginnt mit seinem Eintritte immer eine neue Gesellschaft, und die vor demselben von seinen Mitgesellschaftern vorgenommenen Gesellschaftshandlungen berechtigen und verpflichten ihn nicht[184]). Einseitige Uebernahme der Forderungen und Schulden von Seiten eines der Gesellschafter kann auf Dritte ohne deren Zustimmung nur in so weit Wirksamkeit haben, als darin eine Cession enthalten ist. Darnach ist es zu beurtheilen, wenn bei der bei der Auflösung einer Gesellschaft stattfindenden Auseinandersetzung oder Liquidation einer der socii die während der Societät contrahirten Activa und Passiva übernimmt[185]).

---

180) L. 65. §. 9. D. pro socio. (17. 2.): Morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint; nisi in coeunda societate aliter convenerit... Dagegen ist auch nicht L. 58. §. 3. D. eod., wo blos davon die Rede ist, ob ein Austretender seinen Antheil herausfordern könne. Daß bei so geschlossenem Vertrage im Falle des Todes des einen die Gesellschaft eine neue werde (Thöl a. a. O. §. 39, I.), läßt sich nicht rechtfertigen. Denn contrahiren A B C die Gesellschaft in gedachter Art, so contrahirt jeder mit dem anderen unabhängig von der fortdauernden Theilnahme des Dritten; fällt also auch letzterer hinweg, so bleibt zwischen den beiden ersten der alte Vertrag und die alte Gesellschaft, wenn auch jeder von ihnen einen socius verloren hat.

181) Thöl a. a. O. §. 39, I.

182) So nach römischem Rechte nicht blos bei der alten venditio bonorum (L. 65. §. 1. 2. D. pro socio, §. 7. J. de societate), sondern auch bei der cessio bon. (§. 8. J. eod.), bei der wohl nur eine distractio bon. stattfand. In L. 4. §. 1. D. eod. wird auch die egestas als Auflösungsgrund genannt. — Uebrigens treten auch die Erlöschungsgründe der gewöhnlichen Societät überhaupt hier ein. Vgl. auch Mittermaier a. a. O. §. 555, XVII.

183) S. unten Note 322—326.

184) Mittermaier a. a. O. §. 555, V. Thöl a. a. O. §. 39, IV.

185) Vgl. Thöl a. a. O. §. 39, III.

2) Die Commanditengesellschaft, stille oder vertraute Gesellschaft, entsteht auf dieselbe Weise, wie die eigentliche Handelsgesellschaft; wo indeß Particulargesetze öffentliche Bekanntmachung vorschreiben, verlangen sie zu deren Inhalt auch bisweilen den Betrag des Commanditenfond [186]). Das Verhältniß der offenen Gesellschafter, hier Complementare genannt, ist, wenn deren mehrere vorhanden sind, untereinander und Dritten gegenüber dasselbe, wie bei der eigentlichen Handelsgesellschaft. Das Verhältniß der stillen Gesellschafter, hier Commanditisten genannt, zu den Complementaren ist aber ein anderes. — Offene Gesellschafter verpflichten der Natur des Verhältnisses nach sich, d. h. ihre ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit und gewerbliche Kraft, so weit sie erforderlich ist, zum gemeinsamen Streben für den gemeinsamen Zweck. Der Commanditist übernimmt aber nicht allein eine solche Verpflichtung nicht, sondern ist selbst von einem solchen gemeinsamen Streben ausgeschlossen. Denn leistet er mehr als den Einschuß des Commanditenfond, so hört er auf ein Commanditist zu sein; es sei denn, daß er diese Leistung in einer ganz anderen Eigenschaft vornähme, oder sie überall von keiner juridischen Bedeutung wäre. Der Complementar will durch Betreibung des Handelsgewerbes, der Commanditist will durch Hingeben seines Fond zum Handelsgewerbe erwerben. Das Handelsgewerbe gehört also allein dem Complementar an, und deßhalb ist in Ansehung desselben der Commanditist kein socius im Verhältnisse zu ihm [187]). Beide stehen in einem contractlichen Verhältnisse der Kategorie do ut facias, welches dem Mandatsverhältnisse analog ist [188]); dieser gibt jenem seinen Fond, damit er erwerbe, und ihm den durch die Summe dieses Fond und den auf dieselbe fallenden Erwerb oder Verlust gebildeten Betrag zurückgebe, es sei nach und nach und theilweise, oder auf einmal ganz [189]); und insofern aus diesem Verhältnisse Forderungen gegen den Complementar entspringen, ist er dessen

---

186) Code de c. art. 43.

187) Anders wäre es, wenn der Commanditist den Einschuß in seiner Casse oder in seinem Vermögen behielte, und so wie es erforderlich wäre, Ausgaben daraus für die Gesellschaftsangelegenheiten bestritte. Das wäre Theilnahme an der Gesellschaft durch Beiträge. Allein offenbar ist sein Verhältniß nicht dieses. Er bringt den Fond oder die Forderung auf dessen Einschuß in das Vermögen des Complementars; dieser trägt den Zufall, der sich auf andere Weise, als durch die Handelsgeschäfte ereignet. S. indeß H. G. Kind, respons. ad quaestiones circa societatem en commandite. (Lips. 1823.) p. 7—9. — Das ist kein Societätsverhältniß. Vgl. L. 13. §. 1. D. praescr. verb. (19. 5.) Gewöhnlich erklärt man indeß den Commanditisten, wenigstens der inneren Seite nach, für einen socius. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 556, Note 3—5. Thöl a. a. O. §. 41, Note 1.

188) Ueber die Entwickelung aus dem Institorenverhältnisse: Thöl a. a. O. §. 40, Note 5.

189) Der Gewinn und Verlust, welcher auf den Commanditenfond nach Verhältniß seiner Größe fällt, trifft den Commanditisten allein; wenigstens nach der Natur des Verhältnisses. Es läßt sich also auch in dieser Beziehung kein Merkmal einer societas aufstellen.

Gläubiger[190]), insofern er sich aber gegen ihn zu Einschüssen verpflichtet hat, die er noch nicht leistete, dessen Schuldner. Das Verhältniß ist ein vollkommen und wesentlich zweiseitiges, aus dem dem Complementar nicht etwa blos eine actio mandati contraria erwächst, sondern eine directa (praescriptis verbis) actio. — Zwischen ihm und den dritten Personen, die mit dem Complementar contrahiren, entstehen, ohne einen besonderen Uebergangsgrund, überall keine rechtlichen Beziehungen[191]). Im Concurse des Complementars kann er aber dann nie als Gläubiger auftreten, wenn der Concurs durch unverschuldete Geschäftsverluste herbeigeführt worden, weil, wenn das Vermögen des Complementars dadurch consumirt ist, ebenfalls sein Fond dadurch consumirt sein muß, ohne daß der Complementar ihm deßhalb verantwortlich geworden; und der Anspruch des Complementars gegen ihn auf die Einzahlung des versprochenen Fond geht natürlich auf die Concursgläubiger über[192]). Damit stimmen die gesetzlichen Vorschriften überein, wenn sie die Haftung des Commanditisten auf diejenige beschränken, welche er dem Complementar gegenüber übernommen, nämlich auf seinen versprochenen oder geleisteten Einschuß[193]), und ihm es untersagen, in der Firma oder in den Angelegenheiten der Gesellschaft als Gesellschafter aufzutreten und thätig zu sein, wenn er nicht als eigentlicher Gesellschafter haften will[194]). Zu weit gegangen, und nur aus dem Streben Betrug zu verhindern erklärbar, ist es dahingegen, wenn ihm auch in anderen Eigenschaften, z. B. als Factor oder Commis, die Thätigkeit in den Gesellschaftsangelegenheiten untersagt wird. Gestattet man aber, was die teutsche gemeinrechtliche Doctrin nicht verwirft[195]), die Aufnahme des Namens des Commanditisten in die Firma, und geschieht sie mit seinem Willen, so kann seine Haftung auf den von ihm eingeschossenen Fond nur beschränkt sein, wenn seine Eigenschaft als Commanditist und die Größe seines Fond, in derselben oder doch auf andere Weise in demselben Umfange, wie die Firma selber, zur Kunde gebracht ist. Denn wenn auch die Bekanntmachung der ersteren Eigenschaft allein genügt, um ihn von der Haftung als eigentlicher Gesellschafter zu befreien, so erscheint doch ein solches Auftreten als eine Handlung, welche ihn in das Verhältniß eines Mandatars bringt[196]). Nimmt man dieses an, so wird seine Erklärung, nur einen gewissen Fond zu liefern, nothwendig, um ihn, aber freilich genau genommen nicht als Commanditist,

190) Die Frage: ob der Commanditist Mandant oder Gläubiger sei? ist eben so wenig unfruchtbar, als die: ob er socius sei? S. indeß Thöl a. a. O. §. 41.

191) Der Commanditenfond kann auch keine Schuld in sich befassen, und ist gewiß nichts weniger, als ein Sondervermögen des Commanditisten oder eine Art von Peculium. S. indeß Thöl a. a. O. §. 41, Note 2.

192) Mittermaier a. a. O. §. 536, V. Thöl a. a. O. §. 42.

193) Z. B. Nürnberger Reform. v. 1564 Tit. XVIII, 4., und andere bei Thöl a. a. O. §. 42, Note 5.

194) Code de comm. art. 27. 28. und die dem Code nachgebildeten Handelsgesetze.

195) Vgl. Thöl a. a. O. §. 36, 42.

196) Vgl. oben Note 156, 157.

sondern als Mandatar, von einer denselben übersteigenden Haftung zu befreien; weil in der Natur des Mandatarenverhältnisses eine der Summe nach beschränkte Haftung doch nicht liegt, und eine der Summe nach unbestimmte Verwahrung nicht in solidum haften zu wollen, welche in der Erklärung seiner Eigenschaft als Commanditist liegen würde, eben ihrer Unbestimmtheit wegen von keinem Einflusse sein kann[197]). Die durch seine Eigenschaft als Mandatar begründete Klage muß dann allerdings den Gläubigern des Complementars gegen ihn, den Commanditisten, selber zustehen. — Wenn zwischen dem Complementar und dem Commanditisten die Uebereinkunft getroffen wird, daß letzterem zu gewissen Zeiten Abrechnung ertheilt und der gemachte Gewinn ausgezahlt wird, so sind dadurch in der That gewisse Abschnitte gegeben, in denen eine Beendigung und Erneuerung des Verhältnisses stattfindet; und auch ohne eine ausdrückliche Verabredung müssen die üblichen Zeiten der Aufmachung der Bilanz als solche Abschnitte betrachtet werden, weil der Handelsgebrauch es mit sich bringt, daß dann Gewinn und Verlust berechnet wird. Mit dem in Folge einer solchen Abrechnung oder in einem solchen Zeitpunkte dem Commanditisten zugefallenen Gewinn kann er wenigstens dann wegen späterer Verluste nicht weiter verhaftet sein, wenn man ihn nicht als socius betrachtet[198]). Denn es ist überall kein Grund vorhanden, jene Uebereinkunft für unwirksam zu halten, oder den Gläubigern im Concurse des Complementars die Befugniß einzuräumen, derselben ihre Anerkennung zu versagen und den dem Commanditisten als Creditor zugefallenen Gewinn zur Masse zu ziehen. — Auch mehrere Commanditisten können als Handelsgesellschafter untereinander nie erscheinen. Ein gesellschaftliches Verhältniß anderer Art ist aber zwischen ihnen denkbar, insofern sie sich untereinander verpflichtet haben, durch Herschießung ihrer Fonds, oder auch etwa durch ihnen vorbehaltene und von ihnen zu beschließende Anordnungen über die Führung der Geschäfte des Complementars, gemeinschaftlich auf dessen Etablissement einzuwirken. In dieser Beziehung, nämlich auf ein gemeinsames Wirken zur Begründung und zum ferneren Bestehen des ganzen Etablissements, kann denn auch ein gleiches Verhältniß zwischen Commanditisten und Complementaren stattfinden. Dieses Verhältniß wird aber hier nicht leicht, wohl aber bei dem Actienvereine, vorkommen. Insofern dieses Verhältniß eines Commanditisten von dem zu dem Complementare als solchem trennbar wäre, würde es dann auch mit seinem Fallissement so wie mit seinem Tode untergehen müssen. Von diesem letzteren Verhältnisse läßt sich aber, da

---

197) Daß in diesem Falle der Commanditist dennoch nur bis zu seinem Einschusse hafte (s. indeß Büsch a. a. O. II. S. 273, 274, Casaregis I. disc. 29. nr. 27. p. 168.), weil es Sache des Dritten sei, sich nach dem Betrage des Commanditenfond zu erkundigen, meint indeß Thöl a. a. O. §. 42, Note 7, der aber ein Mandatarenverhältniß nicht dabei zum Grunde legt.

198) Die Haftung wird indeß auch von solchen Juristen verneint, welche den Commanditisten als socius betrachten. Vgl. Thöl a. a. O. §. 42, Note 8 flg., wo auch die Vertheidiger der verschiedenen Ansichten über diesen streitigen Punkt, und die Gründe, worauf sie sich stützen, angeführt sind.

es auch kein reines Mandatsverhältniß ist, nicht dasselbe behaupten, wiewohl er durch Vertrag die Dauer des Verhältnisses auf seine Lebenszeit beschränkt haben könnte. Auch einseitiger Rücktritt von diesem letzteren Verhältnisse ist seiner rechtlichen Natur nach ausgeschlossen, nicht aber ein einseitiges Zurückziehen von jenem gemeinsamen Wirken, wenn es auch die Verpflichtung zur Leistung des Interesse nach sich ziehen kann. Bei Aufhebung des Verhältnisses kann, abgesehen von dem Falle, wo der Commanditist sich in die Lage gesetzt hat, als Mandatar verhaftet werden zu können, eine Bekanntmachung derselben nicht gefordert werden, weil zwischen dem Commanditisten und Dritten überall kein Verhältniß besteht[199]. —

3) Bei der anonymen Gesellschaft fehlt der Complementar. Die Thätigkeit desselben in der Geschäftsführung wird hier indeß durch einen Vorsteher, Bevollmächtigten, Director oder Agenten, bisweilen auch durch eine aus mehreren Personen bestehende Direction mit einem ihr untergeordneten Geschäftsführer ersetzt, welche in gewissen Fällen von den Beschlüssen eines Ausschusses oder einer Generalversammlung der stillen socii abhängig sind. Diese Verfassung der Gesellschaft hängt nun zwar von dem Errichtungsvertrage ab, aber irgend ein Vorsteher kann ihr nicht fehlen. Das Verhältniß der stillen socii zu ihm muß nun nach dem Gesagten dem der Commanditisten zum Complementar wenigstens ähnlich sein. Allein so verschieden, ja höchst schwankend und unbestimmt, auch die Arten, das Verhältniß darzustellen, sind, so stimmt man doch darin überein, daß man den Vorsteher der anonymen Gesellschaft als den eines fremden Etablissements behandelt[200]. — Dieß ist denn auch insofern richtig, als er das durch die Beiträge der stillen socii gegründete Etablissement nicht zu eigenen Zwecken benutzen darf. Aber dennoch gehört er zum Wesen dieses Etablissements; es ist dieses eine Administratur, von welcher ein Administrator als Subject unzertrennlich ist, und eben so ist er auch unzweifelhaft das Subject der Geschäfte des Etablissements[201]). Freilich kann es eine Direction geben, welche nicht Subject dieser Geschäfte ist, sondern nur dem Geschäftsführer Anleitung zu denselben ertheilt, und eine Aufsicht über ihn übt. Dann ist aber dieser der Vorsteher in dem hier untergestellten Sinne, und jene ist

---

199) Anders Thöl a. a. O. §. 43, indem er den Commanditisten als socius betrachtet. Allein die Gründe, welche bei der eigentlichen Handelsgesellschaft eine solche Bekanntmachung erheischen, fehlen hier.

200) Denn nur wegen sorgfältiger Verwaltung macht man ihn verantwortlich: Mittermaier a. a. O. §. 557, Note 10 a und das. Cit. — Darin liegt der Unterschied von dem Falle, wo der Fond der Commanditengesellschaft, ohne daß deren Natur verändert, in Actien zerlegt wird: Code de comm. art. 38. Span. H.-G.-B. Art. 275. — So, daß der Commanditist die Zerlegung vornehme, versteht dieß Mittermaier a. a. O. §. 558, Note 1. S. übrigens auch Pöhls, das Recht der Actiengesellsch. S. 60. — Die Litteratur über die Actiengesellschaft wird übrigens hier für die anonyme Gesellschaft überhaupt benutzt. Was jener eigenthümlich ist, wird unten hervorgehoben werden.

201) Vgl. Treitschke, in der Zeitschr. für teutsches Recht V. S. 351.

nur ein Mandatar, oder ein Inbegriff von Mandataren, die stillen socii dem Vorsteher gegenüber. — Wer aber das Subject der aus diesen Geschäften entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten ist? das steht hier noch in Frage. — Denn wenn auch die stillen socii Subjecte des Verhältnisses zwischen ihnen und dem Vorsteher, und damit auch Subjecte des Rechtes auf das Bestehen des Etablissements durch ihn und zu ihren Zwecken ihm gegenüber sind, so folgt daraus noch nicht, daß sie auch Subjecte jener Rechte und Verbindlichkeiten sind. Und daß vielmehr sie es nicht sind, folgt daraus, daß Dritte die stillen socii nicht einmal zum Belaufe ihrer Beitragspflicht in Anspruch nehmen können, was ihnen doch gestattet sein müßte, wenn man den Vorsteher als Institor betrachten, und die auf den Betrag der Beitragspflicht beschränkte Haftung der stillen socii daraus erklären dürfte, daß jeder wisse oder wissen müsse, daß ihre Haftung darauf beschränkt sei[202]). — Sehr nahe liegt nun freilich der Ausweg, eine dem Etablissement beiwohnende sogen. moralische Person als ein solches Subject anzunehmen[203]). Ja es läßt sich die durch den Mangel eines solchen Subjectes entstehende Lücke in der Darstellung kaum anders ausfüllen, als so, daß man außer den socii und dem Vorsteher noch ein Drittes mit Rechten und Verbindlichkeiten aus jenen Geschäften aufstellt; wie sich dieß auch in dem allgemeinen Vorbilde für dieses Verhältniß, dem Code de commerce[204]), zeigt, indem er von engagemens de la société redet[205]). — Allein zum Dasein einer moralischen Person bedarf es, wie zum Dasein einer jeden anderen Person im juridischen Sinne, einer rechtlichen Nothwendigkeit ihrer Anerkennung als solcher, die nun entweder in einer allgemeinen Rechtsnorm, oder in einem einzelnen Acte der gesetzgebenden Macht, oder in einer rechtsbeständigen Gewohnheit ihren Grund haben kann. An einem solchen Grunde fehlt es aber hier, wenn nicht etwa der zweite ausnahmsweise eingetreten sein sollte[206]). — Eben so wenig wird der

202) So Treitschke a. a. O. S. 348 flg. — Als Institor betrachtet den Vorsteher auch Fuessel, societates innominatae (Actiengesellschaften) in quantum sequuntur romani iuris de societatibus principia. (Lips. 1842.) p. 51 sq.

203) Den Actienverein erklärt schlechthin für eine moralische Person Pöhls a. a. O. §. 11, S. 55, §. 26, S. 173.

204) Art. 32.

205) Sagt man: auf das Vermögen der Gesellschaft, auch auf alle Immobilien, die angeschafft werden, haben alle stillen socii, resp. Actionäre, Anspruch (Mittermaier a. a. O. §. 558, VII.), so sind damit weder die letzteren, noch die Gesellschaft, wenn sie keine moralische Persönlichkeit hat, als Subjecte des Vermögens und in demselben enthaltener Rechte und Verbindlichkeiten bezeichnet. Betrachtet man aber die Gesellschaft als moralische Person, so ist freilich ein Subject gefunden, und nur unter dieser Voraussetzung kann man von einem Eigenthume der Eisenbahngesellschaft an der Eisenbahn reden, welches ihr zuweilen zugeschrieben wird. S. Pöhls a. a. O. §. 19, S. 98 flg.

206) Nämlich in der Art, daß der Act der gesetzgebenden Macht nicht blos die anonyme Gesellschaft bestätigt, sondern ihr eben die moralische Persönlichkeit selber beilegt. So z. B. preuß. Eisenbahngesetz v. 3. Nov. 1838 §. 3. Bayer.

Mangel eines Subjectes gehoben, wenn man sagt: die anonyme Gesellschaft werde vielmehr durch eine pecuniae collatio, als durch eine personarum coniunctio gebildet[211]), oder daß ihr Zweck darin bestehe: ut ex collatis aequalibus pecuniae symbolis (nämlich bei der Actiengesellschaft) iuris aliquod subiectum creetur vel certe creari fingatur ad negotium tractandum etc.[212]). Denn: wer ist das Subject des zusammengebrachten Vermögens[213])? und auf welche Weise wird die Schöpfung des Subjects bewerkstelligt und ihr Anerkennung verschafft? Man muß es sich demnach gestehen, daß das Institut nicht denjenigen Grad der Ausbildung erlangt hat, welcher die Aufstellung eines directen Subjects jener Rechte und Verbindlichkeiten möglich machte. Dennoch aber lassen Theorie und Praxis aus den Handlungen des Vorstehers Wirkungen entstehen, als ob ein Subject jener Rechte und Verbindlichkeiten vorhanden wäre, und sie lassen die desfallsigen Klagen gegen ihn, den Vorsteher, zu und gestatten sie ihm[214]). Er ist also auch das Subject dieser Wirkungen; aber da die Rechte und Verbindlichkeiten nicht die seinigen sind, so fehlt für sie noch immer das Subject, und sie können daher, ähnlich wie z. B. die römische honoraria obligatio[215]), nur um jener Wirkungen willen als vorhanden angenommen werden. Fällt er hinweg, so müssen aber auch diese Wirkungen, da sie auf seine Erben nicht übergehen, genau genommen mit jenen Rechten und Verbindlichkeiten untergehen, und das Etablissement mit allen seinen Geschäften muß in eine bloße Thatsache zurückfallen. — Jener Untergang tritt aber hier nicht ein. Vielmehr können die stillen socii durch Bestellung eines anderen Vorstehers jene Wirkungen, Rechte und Verbindlichkeiten, wiederum für ihre Zwecke ins Leben treten lassen, während sie aber von

---

Allerhöchste Entschließung v. 28. Nov. 1836 Nr. 1, 2. — Dadurch wird denn die anonyme Gesellschaft zwar keine Gemeinde, aber doch eine Corporation. Diese Verschiedenheit scheint Treitschke a. a. O. S. 337 flg. zu übersehen, so wie denn auch seine Bemerkungen über den Einfluß eines solchen Actes in mehreren Beziehungen den Verhältnissen nicht entsprechend erscheinen. — S. auch Fuessel l. c. p. 34—36. J. Weiske in Pölitz, jetzt Bülau, neuen Jahrbüchern der Geschichte und Politik, Märzheft 1842, S. 249 flg.

211) Fuessel l. c. p. 21. not. 55.

212) Sintenis, de societate quaestuaria quae dicitur Actiengesellschaft. (Lips. 1837.) p. 11.

213) Sollte es noch eines Beweises bedürfen, daß zum Wesen eines Vermögens ein Subject erforderlich ist; so zeigt sich das Bedürfniß eines solchen in der römischen Regel: hereditas personam defuncti sustinet. — Daß man aber diese Singularität nicht auf andere Fälle ausdehnen darf, namentlich auf solche, wo, wie hier, selbst zur Begründung eines Vermögens das Subject gefehlt hat und nicht einmal von verlassenen bona geredet werden kann, scheint eben so ausgemacht zu sein.

214) Vgl. Sintenis l. c. p. 36. Mittermaier a. a. O. §. 557, Note 14.

215) Ueber diese und sonstige Fälle, wo nach römischem Rechte blos deßhalb ein Rechtsverhältniß gedacht wird, weil Klagen und Einreden gestattet sind: m. Aufs. (Beitr. zur Lehre v. d. Except.) in der Zeitschr. für Civilr. u. Proz. XVI. H. 1.

sondern als Mandatar, von einer denselben übersteigenden Haftung zu befreien; weil in der Natur des Mandatarenverhältnisses eine der Summe nach beschränkte Haftung doch nicht liegt, und eine der Summe nach unbestimmte Verwahrung nicht in solidum haften zu wollen, welche in der Erklärung seiner Eigenschaft als Commanditist liegen würde, eben ihrer Unbestimmtheit wegen von keinem Einflusse sein kann[197]). Die durch seine Eigenschaft als Mandatar begründete Klage muß dann allerdings den Gläubigern des Complementars gegen ihn, den Commanditisten, selber zustehen. — Wenn zwischen dem Complementar und dem Commanditisten die Uebereinkunft getroffen wird, daß letzterem zu gewissen Zeiten Abrechnung ertheilt und der gemachte Gewinn ausgezahlt wird, so sind dadurch in der That gewisse Abschnitte gegeben, in denen eine Beendigung und Erneuerung des Verhältnisses stattfindet; und auch ohne eine ausdrückliche Verabredung müssen die üblichen Zeiten der Aufmachung der Bilanz als solche Abschnitte betrachtet werden, weil der Handelsgebrauch es mit sich bringt, daß dann Gewinn und Verlust berechnet wird. Mit dem in Folge einer solchen Abrechnung oder in einem solchen Zeitpunkte dem Commanditisten zugefallenen Gewinn kann er wenigstens dann wegen späterer Verluste nicht weiter verhaftet sein, wenn man ihn nicht als socius betrachtet[198]). Denn es ist überall kein Grund vorhanden, jene Uebereinkunft für unwirksam zu halten, oder den Gläubigern im Concurse des Complementars die Befugniß einzuräumen, derselben ihre Anerkennung zu versagen und den dem Commanditisten als Creditor zugefallenen Gewinn zur Masse zu ziehen. — Auch mehrere Commanditisten können als Handelsgesellschafter untereinander nie erscheinen. Ein gesellschaftliches Verhältniß anderer Art ist aber zwischen ihnen denkbar, insofern sie sich untereinander verpflichtet haben, durch Herschießung ihrer Fonds, oder auch etwa durch ihnen vorbehaltene und von ihnen zu beschließende Anordnungen über die Führung der Geschäfte des Complementars, gemeinschaftlich auf dessen Etablissement einzuwirken. In dieser Beziehung, nämlich auf ein gemeinsames Wirken zur Begründung und zum ferneren Bestehen des ganzen Etablissements, kann denn auch ein gleiches Verhältniß zwischen Commanditisten und Complementaren stattfinden. Dieses Verhältniß wird aber hier nicht leicht, wohl aber bei dem Actienvereine, vorkommen. Insofern dieses Verhältniß eines Commanditisten von dem zu dem Complementare als solchem trennbar wäre, würde es dann auch mit seinem Fallissement so wie mit seinem Tode untergehen müssen. Von diesem letzteren Verhältnisse läßt sich aber, da

197) Daß in diesem Falle der Commanditist dennoch nur bis zu seinem Einschusse hafte (s. indeß Büsch a. a. O. II. S. 273, 274, Casaregis I. disc. 29. nr. 27. p. 168.), weil es Sache des Dritten sei, sich nach dem Betrage des Commanditenfond zu erkundigen, meint indeß Thöl a. a. O. §. 42, Note 7, der aber ein Mandatarenverhältniß nicht dabei zum Grunde legt.

198) Die Haftung wird indeß auch von solchen Juristen verneint, welche den Commanditisten als socius betrachten. Vgl. Thöl a. a. O. §. 42, Note 8 flg., wo auch die Vertheidiger der verschiedenen Ansichten über diesen streitigen Punkt, und die Gründe, worauf sie sich stützen, angeführt sind.

es auch kein reines Mandatsverhältniß ist, nicht dasselbe behaupten, wiewohl er durch Vertrag die Dauer des Verhältnisses auf seine Lebenszeit beschränkt haben könnte. Auch einseitiger Rücktritt von diesem letzteren Verhältnisse ist seiner rechtlichen Natur nach ausgeschlossen, nicht aber ein einseitiges Zurückziehen von jenem gemeinsamen Wirken, wenn es auch die Verpflichtung zur Leistung des Interesse nach sich ziehen kann. Bei Aufhebung des Verhältnisses kann, abgesehen von dem Falle, wo der Commanditist sich in die Lage gesetzt hat, als Mandatar verhaftet werden zu können, eine Bekanntmachung derselben nicht gefordert werden, weil zwischen dem Commanditisten und Dritten überall kein Verhältniß besteht[199]. —

3) Bei der anonymen Gesellschaft fehlt der Complementar. Die Thätigkeit desselben in der Geschäftsführung wird hier indeß durch einen Vorsteher, Bevollmächtigten, Director oder Agenten, bisweilen auch durch eine aus mehreren Personen bestehende Direction mit einem ihr untergeordneten Geschäftsführer ersetzt, welche in gewissen Fällen von den Beschlüssen eines Ausschusses oder einer Generalversammlung der stillen socii abhängig sind. Diese Verfassung der Gesellschaft hängt nun zwar von dem Errichtungsvertrage ab, aber irgend ein Vorsteher kann ihr nicht fehlen. Das Verhältniß der stillen socii zu ihm muß nun nach dem Gesagten dem der Commanditisten zum Complementar wenigstens ähnlich sein. Allein so verschieden, ja höchst schwankend und unbestimmt, auch die Arten, das Verhältniß darzustellen, sind, so stimmt man doch darin überein, daß man den Vorsteher der anonymen Gesellschaft als den eines fremden Etablissements behandelt[200]. — Dieß ist denn auch insofern richtig, als er das durch die Beiträge der stillen socii gegründete Etablissement nicht zu eigenen Zwecken benutzen darf. Aber dennoch gehört er zum Wesen dieses Etablissements; es ist dieses eine Administratur, von welcher ein Administrator als Subject unzertrennlich ist, und eben so ist er auch unzweifelhaft das Subject der Geschäfte des Etablissements[201]). Freilich kann es eine Direction geben, welche nicht Subject dieser Geschäfte ist, sondern nur dem Geschäftsführer Anleitung zu denselben ertheilt, und eine Aufsicht über ihn übt. Dann ist aber dieser der Vorsteher in dem hier untergestellten Sinne, und jene ist

---

199) Anders Thöl a. a. O. §. 43, indem er den Commanditisten als socius betrachtet. Allein die Gründe, welche bei der eigentlichen Handelsgesellschaft eine solche Bekanntmachung erheischen, fehlen hier.

200) Denn nur wegen sorgfältiger Verwaltung macht man ihn verantwortlich: Mittermaier a. a. O. §. 557, Note 10 a und das. Cit. — Darin liegt der Unterschied von dem Falle, wo der Fond der Commanditengesellschaft, ohne daß deren Natur verändert, in Actien zerlegt wird: Code de comm. art. 38. Span. H.-G.-B. Art. 275. — So, daß der Commanditist die Zerlegung vornehme, versteht dieß Mittermaier a. a. O. §. 558, Note 1. S. übrigens auch Pöhls, das Recht der Actiengesellsch. S. 60. — Die Literatur über die Actiengesellschaft wird übrigens hier für die anonyme Gesellschaft überhaupt benutzt. Was jener eigenthümlich ist, wird unten hervorgehoben werden.

201) Vgl. Treitschke, in der Zeitschr. für teutsches Recht V. S. 351.

nur ein Mandatar, oder ein Inbegriff von Mandataren, die stillen socii dem Vorsteher gegenüber. — Wer aber das Subject der aus diesen Geschäften entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten ist? das steht hier noch in Frage. — Denn wenn auch die stillen socii Subjecte des Verhältnisses zwischen ihnen und dem Vorsteher, und damit auch Subjecte des Rechtes auf das Bestehen des Etablissements durch ihn und zu ihren Zwecken ihm gegenüber sind, so folgt daraus noch nicht, daß sie auch Subjecte jener Rechte und Verbindlichkeiten sind. Und daß vielmehr sie es nicht sind, folgt daraus, daß Dritte die stillen socii nicht einmal zum Belaufe ihrer Beitragspflicht in Anspruch nehmen können, was ihnen doch gestattet sein müßte, wenn man den Vorsteher als Institor betrachten, und die auf den Betrag der Beitragspflicht beschränkte Haftung der stillen socii daraus erklären dürfte, daß jeder wisse oder wissen müsse, daß ihre Haftung darauf beschränkt sei[202]). — Sehr nahe liegt nun freilich der Ausweg, eine dem Etablissement beiwohnende sogen. moralische Person als ein solches Subject anzunehmen[203]). Ja es läßt sich die durch den Mangel eines solchen Subjectes entstehende Lücke in der Darstellung kaum anders ausfüllen, als so, daß man außer den socii und dem Vorsteher noch ein Drittes mit Rechten und Verbindlichkeiten aus jenen Geschäften aufstellt; wie sich dieß auch in dem allgemeinen Vorbilde für dieses Verhältniß, dem Code de commerce[204]), zeigt, indem er von engagemens de la societé redet[205]). — Allein zum Dasein einer moralischen Person bedarf es, wie zum Dasein einer jeden anderen Person im juridischen Sinne, einer rechtlichen Nothwendigkeit ihrer Anerkennung als solcher, die nun entweder in einer allgemeinen Rechtsnorm, oder in einem einzelnen Acte der gesetzgebenden Macht, oder in einer rechtsbeständigen Gewohnheit ihren Grund haben kann. An einem solchen Grunde fehlt es aber hier, wenn nicht etwa der zweite ausnahmsweise eingetreten sein sollte[206]). — Eben so wenig wird der

---

202) So Treitschke a. a. O. S. 348 flg. — Als Institor betrachtet den Vorsteher auch Fuessel, societates innominatae (Actiengesellschaften) in quantum sequantur romani iuris de societatibus principia. (Lips. 1842.) p. 51 sq.

203) Den Actienverein erklärt schlechthin für eine moralische Person Pöhls a. a. O. §. 11, S. 55, §. 26, S. 173.

204) Art. 32.

205) Sagt man: auf das Vermögen der Gesellschaft, auch auf alle Immobilien, die angeschafft werden, haben alle stillen socii, resp. Actionäre, Anspruch (Mittermaier a. a. O. §. 558, VII.), so sind damit weder die letzteren, noch die Gesellschaft, wenn sie keine moralische Persönlichkeit hat, als Subjecte des Vermögens und in demselben enthaltener Rechte und Verbindlichkeiten bezeichnet. Betrachtet man aber die Gesellschaft als moralische Person, so ist freilich ein Subject gefunden, und nur unter dieser Voraussetzung kann man von einem Eigenthume der Eisenbahngesellschaft an der Eisenbahn reden, welches ihr zuweilen zugeschrieben wird. S. Pöhls a. a. O. §. 19, S. 98 flg.

206) Nämlich in der Art, daß der Act der gesetzgebenden Macht nicht blos die anonyme Gesellschaft bestätigt, sondern ihr eben die moralische Persönlichkeit selber beilegt. So z. B. preuß. Eisenbahngesetz v. 3. Nov. 1838 §. 3. Bayer.

Mangel eines Subjectes gehoben, wenn man sagt: die anonyme Gesellschaft werde vielmehr durch eine pecuniae collatio, als durch eine personarum coniunctio gebildet[211]), oder daß ihr Zweck darin bestehe: ut ex collatis aequalibus pecuniae symbolis (nämlich bei der Actiengesellschaft) iuris aliquod subiectum creetur vel certe creari fingatur ad negotium tractandum etc.[212]). Denn: wer ist das Subject des zusammengebrachten Vermögens[213])? und auf welche Weise wird die Schöpfung des Subjects bewerkstelligt und ihr Anerkennung verschafft? Man muß es sich demnach gestehen, daß das Institut nicht denjenigen Grad der Ausbildung erlangt hat, welcher die Aufstellung eines directen Subjects jener Rechte und Verbindlichkeiten möglich machte. Dennoch aber lassen Theorie und Praxis aus den Handlungen des Vorstehers Wirkungen entstehen, als ob ein Subject jener Rechte und Verbindlichkeiten vorhanden wäre, und sie lassen die desfallsigen Klagen gegen ihn, den Vorsteher, zu und gestatten sie ihm[214]). Er ist also auch das Subject dieser Wirkungen; aber da die Rechte und Verbindlichkeiten nicht die seinigen sind, so fehlt für sie noch immer das Subject, und sie können daher, ähnlich wie z. B. die römische honoraria obligatio[215]), nur um jener Wirkungen willen als vorhanden angenommen werden. Fällt er hinweg, so müssen aber auch diese Wirkungen, da sie auf seine Erben nicht übergehen, genau genommen mit jenen Rechten und Verbindlichkeiten untergehen, und das Etablissement mit allen seinen Geschäften muß in eine bloße Thatsache zurückfallen. — Jener Untergang tritt aber hier nicht ein. Vielmehr können die stillen socii durch Bestellung eines anderen Vorstehers jene Wirkungen, Rechte und Verbindlichkeiten, wiederum für ihre Zwecke ins Leben treten lassen, während sie aber von

---

Allerhöchste Entschließung v. 28. Nov. 1836 Nr. 1, 2. — Dadurch wird denn die anonyme Gesellschaft zwar keine Gemeinde, aber doch eine Corporation. Diese Verschiedenheit scheint Treitschke a. a. O. S. 337 flg. zu übersehen, so wie denn auch seine Bemerkungen über den Einfluß eines solchen Actes in mehreren Beziehungen den Verhältnissen nicht entsprechend erscheinen. — S. auch Fuessel l. c. p. 34—36. J. Weiske in Pölitz, jetzt Bülau, neuen Jahrbüchern der Geschichte und Politik, Märzheft 1842, S. 249 flg.

211) Fuessel l. c. p. 21. not. 55.

212) Sintenis, de societate quaestuaria quae dicitur Actiengesellschaft. (Lips. 1837.) p. 11.

213) Sollte es noch eines Beweises bedürfen, daß zum Wesen eines Vermögens ein Subject erforderlich ist; so zeigt sich das Bedürfniß eines solchen in der römischen Regel: hereditas personam defuncti sustinet. — Daß man aber diese Singularität nicht auf andere Fälle ausdehnen darf, namentlich auf solche, wo, wie hier, selbst zur Begründung eines Vermögens das Subject gefehlt hat und nicht einmal von verlassenen bona geredet werden kann, scheint eben so ausgemacht zu sein.

214) Vgl. Sintenis l. c. p. 36. Mittermaier a. a. O. §. 557, Note 14.

215) Ueber diese und sonstige Fälle, wo nach römischem Rechte blos deshalb ein Rechtsverhältniß gedacht wird, weil Klagen und Einreden gestattet sind: m. Aufs. (Beitr. zur Lehre v. d. Except.) in der Zeitschr. für Civilr. u. Proz. XVI. H. 1.

dritten nicht dazu genöthigt werden können. Unterlassen sie jene Bestellung, so befinden sich diejenigen, welche aus den Geschäften des Vorstehers ihn nicht persönlich obligirende Forderungen erworben haben, in der Lage von Gläubigern einer nicht angetretenen Erbschaft. Sie können demnach zur Geltendmachung ihrer Ansprüche nur Einweisung in die Mittel, welche der hinweggefallene Vorsteher zur Befriedigung ihrer Ansprüche zu verwenden schuldig gewesen wäre, erlangen, was denn heutzutage zu einem Concursverfahren führt[216]). Zu diesen Mitteln gehören denn auch die Klagen, welche ihm gegen die stillen Gesellschafter auf Leistung der versprochenen Beiträge zugestanden. Die Existenz des ganzen Verhältnisses beruht demnach auf Anomalien, die nach allgemeinen juridischen Grundsätzen dem Gebiete der Unmöglichkeiten angehören. Sie bestehen darin: daß Rechte und Verbindlichkeiten als vorhanden gelten, ohne daß es ein Subject dafür gibt; der Vorsteher ein Vertreter ist, ohne daß ein vertretenes Subject existirt; daß die stillen socii durch die Thatsache des Etablissements und der in Beziehung auf dasselbe geschlossenen Geschäfte jene der Strenge nach nicht existirenden, und insofern sie existirt haben, durch das Hinwegfallen des Vorstehers untergegangenen, Rechte und Verbindlichkeiten durch Ernennung eines neuen Vorstehers wiederum in Wirksamkeit setzen können, was man sich so versinnlichen kann, daß das Etablissement (ähnlich einer hereditas jacens) die Person des Vorstehers sustinirt und eben dadurch seine eigne Fortdauer erlangt; mit Einem Worte: daß das Etablissement, obgleich es nur ein durch das Verhältniß zwischen dem Vorsteher und den stillen socii gebildetes Object ist, dennoch dieselben Wirkungen hervorruft, als ob es ein Subject wäre, auf dessen Existenz die stillen socii ein absolutes Recht hätten. — Denn das zur rechtlichen Möglichkeit des Bestehens des Verhältnisses der anonymen Gesellschaft erforderliche Subject ist vertilgt, indem man den Dritten alle Klagen gegen die stillen Gesellschafter abspricht[217]), und Gesetze diese nur für die Leistung ihrer versprochenen Einschüsse haften lassen, dennoch aber, wie gesagt, den Vorsteher mit seinem eignen, d. h. dem seinen Privatzwecken unterworfenen Vermögen, nur für gehörige Verwaltung verantwortlich machen[218]).

Das Verhältniß der stillen socii untereinander und zum Vorsteher ist dieses: es besteht unter ersteren die Vereinigung zur gemeinschaftlichen Bestellung des letzteren und zur Zusammenbringung gewisser Vermögenskräfte, mit welchen dieser nach ihren Vorschriften ein Gewerbe betreiben oder ein sonstiges Unternehmen ausführen und ihnen den dadurch erzielten

216) Es gibt kein passives Subject der Concursmasse, weil sie nur aus Capitalien besteht, sagt Pöhls a. a. O. §. 56, S. 276; obgleich er eine Actiengesellschaft für eine moralische Person erklärt.

217) Mittermaier a. a. O. §. 557, Note 14. Thöl a. a. O. §. 46. Dahingegen gibt der württemb. Entwurf Art. 260 dem Dritten auch eine Klage gegen die Actionäre, so weit sie ihre Beiträge noch nicht geleistet haben.

218) Vgl. Code de comm. art. 33.

Gewinn mittheilen soll. In Ansehung der Vereinigung zur Begründung des darin liegenden Mandatsverhältnisses zum Vorsteher, also auch in Ansehung der darin liegenden Begründung des Etablissements, so wie in Ansehung der während der Dauer desselben zu fassenden Beschlüsse, der Uebernahme von Functionen in den Angelegenheiten des Etablissements, sind die stillen Gesellschafter wahre socii im Sinne des gemeinen Rechtes, und, insofern die dazu erforderliche Thätigkeit nicht in die Willkür des Einzelnen gestellt ist, wie z. B. durch die Bestimmung, daß der Beschluß der Anwesenden die Abwesenden verpflichtet, muß die actio pro socio zwischen ihnen stattfinden. — Daß dabei, namentlich auch bei solchen Beschlüssen, wodurch gewisse Normen über das Verhältniß unter dem Namen von Statuten festgesetzt werden, Stimmenmehrheit zu entscheiden pflegt, raubt jenem Societätsverhältnisse die Natur des vertragsmäßigen deßhalb nicht, weil dieß wiederum lediglich Folge vertragsmäßiger Uebereinkunft ist [219]); weßhalb diese Art der Beschlußnahme denn auch nicht weiter ausgedehnt werden darf, als sie durch eine solche Uebereinkunft begründet werden kann [220]). — Allein das Mandatsverhältniß ist hier so wenig, als bei der Commanditengesellschaft ein reines, sondern mit einer Verpflichtung zum dare dem Vorsteher gegenüber verbunden; und es besteht auch hier zwischen diesem und den stillen socii ein vollkommen zweiseitiger Contract der Kategorie do ut facias. Dieß zeigt sich darin, daß der Vorsteher [221]), ohne der Vorsteher und Vertreter einer moralischen Person zu sein, gegen die stillen socii ein Klagerecht wegen der von ihnen einzuschießenden Beiträge hat [222]). Damit ist es denn auch sehr wohl vereinbar, daß der Vorsteher in Ansehung seiner Geschäftsführung von den Beschlüssen oder Aufträgen der stillen socii abhängig ist, indem das gegen ein dare bedungene facere noch immer von solchen Anweisungen abhängig sein kann [223]). In Ansehung ihrer Verbindlich-

---

219) Als einen allgemeinen Grundsatz scheinen dieß zu betrachten: Mittermaier a. a. O. §. 558, VII. Thöl a. a. O. §. 45.

220) S. Treitschke a. a. O. S. 340 flg. über den Fall, wo Stimmenmehrheit über die Vermehrung des Fonds entscheiden soll. Sie kann nämlich dennoch die stillen socii nicht zu größeren Beiträgen verpflichten, wenn dieß nicht etwa ausdrücklich bestimmt worden, weil eine solche Vermehrung auch auf andere Weise geschehen kann, z. B. durch Zurücklegung des Gewinnes, durch Emittirung einer größeren Anzahl von Actien.

221) Thöl a. a. O. §. 46, Ziff. 1. Der Gesellschaft gibt dieses Klagerecht Mittermaier a. a. O. §. 537, Note 12, ohne sie jedoch für eine moralische Person zu erklären. Eben so, und zwar als actio pro socio: Fuessel l. c. p. 42. — Unter Annahme einer solchen moralischen Person dahingegen erklärt sie für Verpflichtete der Gesellschaft Pöhls a. a. O. §. 39, S. 221 flg., §. 46, S. 247. S. ebendas. über die Art und Zeit der Leistung der Beiträge und die Folgen des Verzuges. Es müssen darüber natürlich Vertrag und allgemeine Grundsätze entscheiden.

222) Also nicht etwa blos eine actio mandati contraria wegen seiner Auslagen. S. auch oben noch Note 190.

223) L. 51. §. 1. in f. D. locati (19. 2.)... nisi ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur. tum enim nihil conductor praestare domino de bonitate operis videtur. — Ueber

keit zu Beiträgen und ihres Rechtes eventuell deren Betrag zurück und den Gewinn zu fordern, ist aber jeder einzelne socius für sich Schuldner und Gläubiger des Vorstehers. Denn nur auf die Begründung dieser Verhältnisse erstreckt sich das Societätsverhältniß. — Jedoch faßt man in der Regel das Verhältniß so auf, als ob in dieser Beziehung die ganze Gesellschaft dem Vorsteher gegenüber und jeder einzelne socius zu dieser wiederum in dem Verhältnisse des Schuldners und Gläubigers stehe; was aber mit dem Mangel einer moralischen Persönlichkeit der Gesellschaft nicht vereinbar ist.

Eine Art der anonymen Gesellschaft ist der Actienverein. Das durchherrschende Merkmal desselben, wodurch er sich von anderen anonymen Gesellschaften unterscheidet, die Bildung des Fonds durch Actien, ist an sich von keiner juridischen Bedeutsamkeit, wohl aber hat die Entstehungsart desselben zuweilen juridische Eigenthümlichkeiten [224]). — Eine Actie ist eine Betheiligung an dem Fond des Vereins und dem durch denselben erzielten Erwerb, welche die Verbindlichkeit zum Beitrage zu jenem und eine eventuelle Forderung auf einen Theil von jenem und diesem umfaßt. Sie ist das Verhältniß des Actionärs zu dem begründeten Etablissement, oder dem dasselbe vertretenden Vorsteher, und ihr resp. unmittelbarer und mittelbarer Gegenstand die Summe jener Beitragspflicht, die Leistungen, welche dem Vorsteher obliegen, und die Summe, worauf jene eventuelle Forderung geht [225]). Gewöhnlich ist es, die Urkunde über dieses Verhältniß ebenfalls die Actie zu nennen. — In der Regel kommt der Verein nicht so zu Stande, daß die stillen socii, hier Actionäre genannt, gleichzeitig und in einem Acte durch Er-

---

solche Beschlüsse durch Versammlungen der stillen socii bei Actiengesellschaften und die vorkommenden Organisationen derselben: Thöl a. a. O. §. 45. Pöhls a. a. O. §. 27 flg., S. 179 flg.

224) Es ist zwar nicht richtig, die Actiengesellschaft als ein von der anonymen Gesellschaft ganz verschiedenes Institut zu betrachten (s. indeß Mittermaier a. a. O. §. 557, 558); aber sie hat dennoch auf Auszeichnung Anspruch (s. indeß Thöl a. a. O. §. 44 flg.).

225) Es genügt, um den Begriff der Actie zu bestimmen, weder sie (Pöhls a. a. O. S. 16) als die Summe zu bezeichnen, welche man eingezahlt hat, um sich bei dem Vereine zu betheiligen, noch sie (Weiske a. a. O. S. 266) als einen durch die Capitalisirung des Einkommens oder der Rente (also Schätzung des ganzen Rechtes des Actieninhabers), welche der Actieninhaber zu erwarten hat, gebildeten Vermögenstheil zu bezeichnen. — Denn man kann auch schon ohne eine solche Zahlungsleistung Actionär sein und eine Actie haben. — Sagt man: sie sei ein ideeller Theil an dem Eigenthume, welches den Fond der Gesellschaft ausmache (Mittermaier a. a. O. §. 558, I. bei Note 8), so muß man offenbar annehmen, daß die Actionäre condomini des Fond sind. Dieß könnten sie aber nur sein, insofern ihre nummi mit einander vermischt worden und das Eigenthum derselben nicht auf einen Anderen übergegangen wäre; eine Lage, die hier selten eintreten wird. Jedenfalls könnte dieses Verhältniß nur durch Umstände hervorgebracht werden, die zum Wesen des Actienvereines überall nicht gehören. Particulargesetze gestatten auch das Zerlegen von Actien in kleinere Antheile oder Coupons: Code de comm. art. 34. Span. H.-G.-B. Art. 280, 281.

richtung eines besondern Contractes denselben begründen. Vielmehr pflegt diese Begründung durch successiven Beitritt zu einem im Voraus entworfenen Projecte, Prospecte oder Plane, welcher die Bedingungen der künftigen Vereinsverhältnisse darlegt, bewerkstelligt zu werden. Soll der Beitritt zu demselben verbinden, so muß er wenigstens so bestimmt sein, daß er als ein pactum de contrahendo betrachtet werden kann, und wenn sein Inhalt sich dazu eignet, so kann er die Stelle des Errichtungscontractes oder der Statuten vertreten. Der Beitritt geschieht durch Verpflichtung zur Uebernahme einer oder mehrerer Actien, z. B. durch Unterschrift des Planes zu diesem Zwecke[226]. Dieß Verfahren setzt einen oder mehrere Proponenten des Planes voraus, und der Beitretende kann nur mit diesen durch seinen Beitritt contrahiren; allein geschieht sein Beitritt auf solche Weise, daß er sich den später Beitretenden dadurch als Theilnehmer an dem Plane gegenüberstellt, so tritt er zu diesen ohne Zweifel wiederum in das Verhältniß des Proponenten[227]. Sowohl demjenigen, der als künftiger Vorsteher, als auch demjenigen, der als Actionär proponirt, gegenüber, entsteht eine Verpflichtung des Beitretenden; weil sowohl jener als dieser Subject des Contractes oder des pactum de contrahendo ist[228]. Immer aber ist die aus dem Beitritte entstehende Verpflichtung dadurch bedingt, daß die Voraussetzungen, von denen nach dem Plane oder nach der Natur der Sache das Zustandekommen des Vereines abhängt, existiren oder zur Existenz kommen, also namentlich daß für die Summe des Fonds, auf den das Etablissement nach dem Plane gegründet, oder womit das Unternehmen ausgeführt werden soll, sich die erforderliche Zahl von Actiennehmern gefunden[229], daß die Errichtung des Etablissements und dessen Bestehen oder die Ausführung des Unternehmens nicht in dem Grade unmöglich ist oder wird, daß keine Verpflichtung zur Bewirkung derselben oder zur Ausführung der dazu erforderlichen Geschäfte bestehen kann[230]. Insofern

226) Bloße Genehmigung, wenn auch durch Unterschrift des Planes, ist noch kein Beitritt; wohl aber kann dieser auch durch concludente Facta geschehen. Vgl. Pöhls a. a. O. §. 25, S. 168 flg.

227) Anders ist die Darstellung bei Pöhls, a. a. O. §. 24, 25, S. 154 flg., nach der von dem Zustandekommen des Vereines immer nur die Stifter einerseits und die Beitretenden andererseits mit einander contrahiren.

228) Anders fällt die Darstellung dieses Punktes bei Pöhls a. a. O. aus, indem dort von dem Gesichtspunkte ausgegangen wird, inwiefern, namentlich aus dem Beitritte vor der Existenz der Gesellschaft, diese eine Klage erwerbe. Hat jemand nur nominell eine Actie gezeichnet, während ein Anderer der wirkliche Uebernehmer derselben ist, so müssen die Regeln von der Simulation entscheiden. S. Pöhls a. a. O. §. 25, S. 168 flg.

229) Denn jeder Beitretende verpflichtet sich offenbar nur unter der Bedingung, daß der Verein planmäßig zu Stande kommt. Der Umstand aber, daß es an einem zur wirklichen Erreichung des Zweckes des Vereines genügenden Fond fehlt, kann nur dann ein Grund vorhanden sein, den Beigetretenen für nicht verpflichtet zu achten, wenn er ungenügend ist, um überall das Etablissement ins Leben treten zu lassen oder das Unternehmen auszuführen, nicht aber, wenn er blos zur Prosperität desselben unzureichend ist. S. indeß Pöhls a. a. O. §. 5, S. 21, aber gegen ihn wiederum Fuessel l. c. p. 37. 38.

230) S. oben Note 229 und unten Note 252.

fern indeß den Paciscenten, oder einem oder einigen derselben, diese Unmöglichkeit unbekannt war, und von Seiten derjenigen, die sich in dieser Unwissenheit befanden, etwas für die Erreichung des Zweckes des Vertrages diesem gemäß aufgewendet worden, entspringt aus diesem letztern allerdings ein Anspruch auf Entschädigung gegen ihre Conpaciscenten[231]. Zur Perfection kann aber der Verein immer erst gelangt sein, wenn ein bestimmter Vorsteher aufgestellt ist. Denn ohne das vertragsmäßige Verhältniß zwischen den Actionären und ihm kann der Verein (ohne eine moralische Persönlichkeit) nicht zur juridischen Vollkommenheit gelangt sein, sondern nur ein seine Errichtung bezweckendes Verhältniß bestehen.

Sowohl das Gesellschaftsverhältniß unter den stillen socii, als das Verhältniß zwischen ihnen und dem Vorsteher des Etablissements, kann nach allgemeinen Grundsätzen durch bloßen Consens entstehen, wiewohl die Art und Weise der Entstehung des Actienvereins eine schriftliche Consensertheilung in der Regel factisch zum Bedürfnisse machen wird. Allein ihr Verhältniß zu dritten Personen ist, wie oben gezeigt worden, von so anomaler Beschaffenheit, daß es überhaupt nicht durch Privatwillkür hervorgerufen werden kann. Man kann also der Ansicht, daß gemeinrechtlich eine Bestätigung der Regierung überflüssig sei[232], nicht beitreten, sondern muß vielmehr einen auctorisirenden Act der gesetzgebenden Macht, eine s. g. Octrol, für erforderlich achten, um jenes Verhältniß herbeizuführen[233]. Auch die Gesetze, welche diejenigen Regeln, woraus die angegebene Anomalie des Verhältnisses sich ergibt, ausdrücklich aufstellen, fordern einen derartigen Act[234]. — Tritt demnach jemand als Vorsteher einer nicht so autorisirten stillen Gesellschaft auf, so muß die Folge davon sein, daß er nun als Complementar haftet; wenn gleich er demjenigen Contrahenten, welcher das Verhältniß kannte, die Einrede entgegensetzen kann, daß es stillschweigend unter ihnen als Bedingung angenommen, daß er nur in so weit verpflichtet werde, als

---

231) Von diesem Gesichtspunkte aus rechtfertigt sich denn auch der Inhalt der Entscheidungsgründe bei Guenther, observationes de consociationibus quae Actienvereine dicuntur (Lips. 1842.) p. 8—10.

232) Mittermaier a. a. O. §. 557, Note 9. Thöl a. a. O. §. 44 a. E., der die Actiengesellschaften in private und octroirte eintheilt; Pöhls a. a. O. §. 6, S. 25 flg., der den Grund der gewöhnlich vorkommenden, aber gesetzlich geforderten öffentlichen Bestätigung theils darin findet, daß solchen Gesellschaften häufig Privilegien ertheilt worden, theils in politischen Zwecken, überdieß auch fortwährende Aufsicht der Regierung verlangt. — Fuysol l. c. p. 32 sq., der sie nur für nothwendig hält, wenn die Ausführung des Unternehmens ohne Bewilligung der Regierung nicht möglich ist.

233) Eichhorn a. a. O. §. 387, II. Kritz, Rechtsfälle u. s. w. III. S. 327. — Entscheidungsgründe bei Guenther l. c. p. 8. Diese insofern Dritte den Verein als juristische Person anerkennen sollen.

234) Code de comm. art. 37. — Es wird aber nicht immer ein Act der Gesetzgebung, sondern häufig nur ein Act der Regierungsgewalt gefordert. S. Pöhls a. a. O. §. 6, S. 25 flg.

die ihm von den stillen Gesellschaftern gelieferten oder zu liefernden Fonds zur Erfüllung ausreichen würden [235]).

Regelmäßig sind die anonymen Gesellschaften Actiengesellschaften oder Vereine, und der Zweck derselben ist häufig nicht die Betreibung eines eigentlichen Handelsgewerbes, sondern besteht in sonstigen Unternehmungen, welche dem Interesse des größeren Publicums entsprechen, z. B. Versicherungsanstalten, namentlich größere Bauten, z. B. von Schauspielhäusern, Eisenbahnen u. s. w. [236]). — Die Verpflichtung zur Uebernahme einer oder mehrerer Actien, welche durch den Beitritt begründet ist, muß der Natur der Sache nach auch das Verhältniß eines Actionärs begründen, sobald der Verein zur Perfection gekommen ist; und zwar ist jeder so viel mal Actionär, als die Zahl seiner Actien beträgt. Die daraus entspringende Verpflichtung zur Leistung des Einschusses, es sei nun diese ganz auf einmal oder successiv, in bestimmten Terminen, oder wie das Bedürfniß es erheischt, zu beschaffen, zu dem Betrage, der auf jede Actie fällt, wird indeß zuweilen noch besonders durch Unterzeichnung einer deßfallsigen Acte oder Ausstellung einer separaten Obligationsurkunde übernommen, so wie auch die Namen der Actionäre in besondere Register des Etablissements eingetragen zu werden pflegen. Ferner wird jedem Actionär eine Actie, nämlich eine Urkunde über sein Verhältniß, behändigt, welche zuweilen auch eine Quittung über die gänzliche oder theilweise Leistung des Einschusses (des vollen Einschusses oder der ihm entgegengesetzten Mise) enthält [237]), und zuweilen auf seinen Namen (nominativ), zuweilen au porteur oder an Ordre lautet, welches letztere denn die Folge hat, daß jeder Inhaber resp. jeder Indossator der Actie die Rechte eines Actionärs auszuüben befugt ist [238]). Sobald der volle Einschuß geleistet ist, der Actionär also nur noch Rechte hat, kann der Uebertragung seines ganzen Verhältnisses der Ausübung nach auf einen Anderen überall kein rechtlicher Grund entgegenstehen. Ist aber dies nicht der Fall, so kann allerdings der Actionär einseitig keinen Anderen als Verpflichteten an seine Stelle setzen [239]); es sei denn, daß er unter

---

235) Im Resultate eben so: Pöhls a. a. O. §. 49, S. 257. Vgl. auch oben bei Note 202. Wenn in England eine Bestätigung, die der König zu ertheilen hat, nicht erfolgt ist, so haften die Actionäre wie eigentliche Gesellschafter in solidum: Pöhls a. a. O. S. 30, 40, 50, 54.

236) Als ältere Beispiele führt man die Gewerkschaft im Bergwesen und die Rhedereigesellschaften an. S. Mittermaier a. a. O. §. 557, Note 8, und über die Entstehung der Actiengesellschaften auch Pöhls a. a. O. §. 1, S. 3 flg., über Eisenbahngesellschaften dens. §. 17 flg., und darüber, inwiefern Actiengesellschaften vom Staate zu gestatten und zu begünstigen dens. a. a. O. S. 42 flg.

237) Thöl a. a. O. §. 44.

238) Denn daß der Actionär auch seine Verpflichtung zum Einschusse solle übertragen dürfen, kann man darin noch nicht finden: Treitschke a. a. O. S. 332. Indeß ließe es sich doch denken, daß der Inhalt solcher Actien eine solche Gestattung involvirte.

239) S. Mittermaier a. a. O. §. 558, Note 18, 19. Thöl a. a. O. §. 17.

der Bedingung, dazu befugt zu sein, dieselbe übernommen hätte[240]). Zustimmung des ihm gegenüberstehenden Berechtigten würde aber immer auch eine solche Operation zulässig machen, und der Strenge nach würde dieser Berechtigte allein der Vorsteher sein[241]), sobald einmal der Verein vollkommen zur Existenz gelangt wäre. — Geht man aber von einer das ganze Verhältniß umfassenden Societät zwischen den Actionären aus, so muß man diese als die Berechtigten betrachten[242]). Zwischen dem Actionär und Dritten, welche mit dem Vorsteher contrahirten, besteht aber überall kein Verhältniß, welches einem derartigen Uebergange der Verpflichtung eines Actionärs und einer ihm dadurch gewordenen Befreiung von derselben entgegenstehen könnte, weil sie mit den Actionären überhaupt in gar keiner rechtlichen Beziehung stehen. Eine andere Frage ist aber die: ob nicht der Vorsteher, wenn durch seine Zustimmung jene Befreiung erwirkt worden wäre, im Falle der Insolvenz des neuen Actionärs sich den dritten Contrahenten mit seinem eigenen Vermögen für den Ausfall verantwortlich gemacht haben würde? Auch wenn Gesetze ihn von jeder derartigen Haftung aus den für das Etablissement gemachten Geschäften freisprechen[243]), kann man diese Frage deßhalb noch nicht verneinen. Denn wenn man auch seine Verbindlichkeit zur gehörigen Verwaltung nur im Verhältniß zu den Actionären als bestehend annimmt[244]), so läßt es sich doch nicht leugnen, daß er auch den dritten Contrahenten gegenüber die Verpflichtung hat, die ihm zu Gebote stehenden Mittel zu ihrer Befriedigung zu verwenden, und daß mit dieser Verpflichtung eine Verwahrlosung oder ein willkürliches Aufgeben der ihm deßfalls gegen die Actionäre zustehenden Ansprüche nicht vereinbar ist[245]). So wie er also vermöge seiner Pflicht zur guten Verwaltung für einen Ausfall der gedachten Art den Actionären, wenn sie nicht zur

---

240) Zwar sagt Pöhls a. a. O. §. 24, S. 161: Die Gesellschaft müsse nothwendig jemanden haben, der ihr für fernere Einzahlungen aufkomme. — Allein wenn sie — oder ihre Glieder oder ihr Vorsteher — sich eine solche Person nicht sichere, so kann doch wenigstens juridisch eine derartige Nothwendigkeit nicht in Betracht kommen. S. auch Treitschke a. a. O. S. 330 flg. Bisweilen wird es aber bei der Ertheilung der Octroi zur Bedingung gemacht, daß die ursprünglichen Actionäre ihrer Verpflichtung wenigstens nicht ganz entlassen werden können, z. B. von der preußischen Regierung.

241) S. oben Note 214, 215.

242) Nur deren Zustimmung, aber die ihrige nur allein und Einstimmigkeit fordert Treitschke a. a. O. S. 331.

243) Code de comm. art. 32. Niederländ. H.-G.-B. Art. 45.

244) Les administrateurs ne sont responsables que de l'execution du mandat qu'ils ont reçu. C. de c. art. 32.

245) Für eine Verantwortlichkeit gegen Dritte gebe es hier kein Princip, sagt Pöhls a. a. O. §. 46 in Beziehung auf den Note 247 anzuführenden Fall. — Man muß aber vielmehr nach einem Verhältnisse fragen, welches sie begründet; und wenn man erwägt, daß der Vorsteher doch eigentlich am Platze des Complementars steht, so wird man seine Befreiung von der Haftung mit dem eigenen Vermögen gegen Dritte doch nicht so uneingeschränkt nehmen dürfen, daß er gegen diese gar keine Pflichten habe. Streiten läßt sich aber allerdings noch darüber.

Uebertragung zugestimmt, verantwortlich werden würde, so ließe sich auch beim Concurse des Vereines seine Freiheit von einer deßfallsigen Verantwortlichkeit schwerlich vertheidigen, indem im vorausgesetzten Falle der Ausfall ja jedenfalls durch seine culpa herbeigeführt worden wäre [246]). Gleiche Regeln für die Verantwortlichkeit des Vorstehers muß man auch für den Fall annehmen, wenn er Antheile am gemachten Gewinne (Dividenden) an die Actionäre austheilt, ehe der für eine solche Austheilung durch den Errichtungsvertrag oder allgemeinen Gebrauch bestimmte Zeitpunkt eingetreten ist, und spätere Verluste eine concursmäßige Behandlung des Etablissements herbeiführen [247]). In Ansehung der Haftung der Actionäre mit dem Betrage des ihnen bereits ausgezahlten Gewinnes müssen hier dieselben Regeln gelten, wie bei dem Commanditisten [248]).

In Beziehung auf das Fortbestehen der anonymen Gesellschaft kann dem Fallissement wie dem Tode eines stillen Gesellschafters jedenfalls kein anderer Einfluß eingeräumt werden, als bei der Commanditengesellschaft [249]). Dasselbe gilt vom einseitigen Rücktritt Einzelner. Erfolgt ein Rücktritt von Seiten aller Actionäre oder beschließen sie die Auflösung des Vereins, wozu man, wenn die Statuten nichts anderes bestimmen, Stimmeneinheit fordern muß, so ist damit freilich der Verein aufgelöset, und das Recht der Actionäre, und zwar jedes einzelnen, auf das Bestehen des Etablissements hinweggefallen. Damit müssen denn auch die Rechte des Vorstehers den Actionären gegenüber auf die Beiträge, in Beziehung auf künftige Geschäfte, untergehen. Denn sie sind durch seine ebenfalls hinweggefallene Pflicht zum facere bedingt, eben weil ihm bloß zur Erfüllung dieser Verpflichtung gegeben wird oder ver-

246) Für den dolo oder culpa herbeigeführten Bankerott macht den Vorsteher auch den Gläubigern verantwortlich Treitschke a. a. O. S. 352, und zwar jedem Gläubiger deßhalb, weil er eben nur Gläubiger der Vereinscasse ist.

247) Von einer Rückforderung der ausgetheilten Dividende von den Actionären (Pöhls a. a. O. S. 238) könnte doch immer nur dann die Rede sein, wenn dem Vorsteher selber deßhalb eine Klage zustände.

248) Vgl. oben Note 198. Wenn man sagt, daß eine Gesellschaft von Anfang bis zu Ende nur als Ein Ganzes zu betrachten sei und erst bei ihrem Schlusse ein Resultat gebe, so gilt dieß doch immer nur von dem Verhältnisse der Gesellschafter untereinander, welches sie um so mehr ändern können, als ihnen sogar jederzeit willkürliches Austreten frei steht. Man kann überdieß die Regeln über das Gesellschaftsverhältniß hier nicht anwenden und unbegründet ist die Behauptung, daß der mit dem Capitale gemachte Gewinn diesem zuwachse. S. indeß Pöhls a. a. O. S. 239, 240. — Läßt man übrigens die Actionäre mit dem Betrage der bereits empfangenen Dividende haften, so kann man nicht mit Pöhls von derselben wiederum Zinsen des eingeschossenen Capitales unterscheiden, welche von dieser Haftung ausgenommen sein sollen (Weiske a. a. O. S. 272 flg. und das. angef. königl. sächs. Verordn. v. 31. Juli 1839). Denn da der Actionär seinen Einschuß hingibt, damit derselbe zu seinem eigenen Vortheile benutzt werde, so ist es juridisch unmöglich, eine besondere Vergütung für eine solche Benutzung, worin ja doch die Zinsen bestehen müßten, zu denken.

249) Vgl. oben bei Note 199. Mittermaier a. a. O. §. 557, Note 7.

sprochen ist [250]). Das Fallissement des Etablissements muß aber nothwendig alle Verhältnisse consumiren, durch welche es besteht, und die Auflösung des Vereins [251]) herbeiführen. Denn die Verpflichtungen der stillen socii erlöschen, weil sie ihre vollen Einschüsse leisten; die des Vorstehers aber weil kein Fond mehr zur Verfolgung des Zweckes des Etablissements vorhanden, ihre Erfüllung also unmöglich geworden ist. — Das Erlöschen dieser letzteren Verpflichtung genügt allein schon, um den Verein zu vernichten, weil ohne einen Vorsteher, dem sie obliegt, ein wesentliches Moment desselben fehlt; er geht also immer unter, wenn eine Unmöglichkeit der Erfüllung jener Verpflichtung aus irgend einem Grunde eingetreten ist [252]). Die sonstigen gewöhnlichen Erlöschungsgründe rechtlicher Verhältnisse treten natürlich auch hier ein, so weit dieß der angegebenen rechtlichen Natur der hier stattfindenden Verhältnisse nach möglich ist, z. B. Ablauf der Zeit u. s. w. [253]).

Außer der Aufsicht über Vorsteher und Geschäftsführer, so wie der Rechnungsablage, erscheint als eine besondere Maßregel für die Erhaltung des Vereines oder des durch ihn gebildeten Etablissements die zuweilen vorkommende Bildung eines theils zur Bestreitung und Deckung unerwarteter Ausgaben und Verluste, theils zur Tilgung von Schulden (Tilgungsfond) bestimmten Fonds, durch Zurücklegung eines Theiles des gemachten Gewinnes. Auch unterscheidet man einen auf gleiche Art gebildeten Amortisationsfond im engeren Sinne, welcher zur Ablösung des zu der Errichtung des Etablissements verwendeten Anlagecapitals in der Art dient, daß die Zahl der Actionäre und der Actien, z. B. durch Ankauf und Vernichtung der letzteren, vermindert wird; was dann nur freilich stattfinden kann, wenn sämmtliche Einschüsse geleistet sind [254]). Bei der Auflösung des Etablissements muß der Vorsteher desselben die Actionäre wegen ihrer Ansprüche befriedigen, insofern sie solche haben. Im Falle des Fallissements des Etablissements fällt dieß natürlich immer hinweg und es erledigt sich hier Alles durch das Concursverfahren selber. In den übrigen Fällen muß der Vorsteher zunächst den Actionären gegenüber Rechnung ablegen, in so weit, oder für die Zeit, für welche es nicht bereits früher bei den gewöhnlichen periodischen Abschlüssen geschehen. — Ferner muß es ihm auch obliegen, jeden Einzelnen wegen seines sich ergebenden verhältnißmäßigen Anspruches abzufinden, also die

250) L. 5. pr. D. de cond. causa data. (12. 4.) Deßhalb, weil jedes pactum klagbar ist, fällt das sogen. ius poenitendi noch keineswegs hinweg. Vgl. auch die Auffassung desselben bei Hasse, d. j. rhein. Mus. VI. S. 46—52. Bachofen, de Romanor. iudic. etc. p. 300 sq. Jedoch ist damit keineswegs gesagt, daß dieses poenitendi ius auch bei jedem sogen. Innominatcontracte stattgefunden. S. Gans, Obligationenrecht §. 9.

251) S. Sintenis l. c. §. 44. Mittermaier a. a. O. §. 557, Note 17. Pöhls a. a. O. §. 56, 57, S. 275 flg.

252) Vgl. Pöhls a. a. O. §. 55, S. 273 flg.

253) Eine Vergleichung der Erlöschungsgründe der gewöhnlichen Societät mit denen des Actienvereines bei Fuessel l. c. p. 56—67.

254) Ueberhaupt: Pöhls a. a. O. §. 47, S. 249 flg.

Vertheilung des auszuantwortenden Vermögens durch eine Liquidation, worunter man überhaupt die gänzliche Auseinandersetzung aller Interessenten versteht, bewerkstelligen [255]). Jedoch faßt man diese Liquidation auch als eine Theilung des Societätsvermögens unter den stillen socii auf, und sieht sie als ein Geschäft dieser an, welche dazu besondere Liquidatoren zu ernennen pflegen [256]). Namentlich gehört indeß auch zu dieser Operation die Bezahlung der Schulden und Einziehung der Forderungen Dritten gegenüber, weßhalb man um so mehr dem Vorsteher, als dem Subjecte der deßfallsigen Klagen, die Vornahme derselben zuweisen sollte [257]).

Uebrigens kann auch der stille socius oder der Actionär wiederum in das Verhältniß eines dritten Contrahenten dem Vereine gegenüber treten, z. B. sich bei demselben versichern lassen. Ja bisweilen steht jeder Contrahent, der solche Geschäfte schließt, welche der Verein eigentlich bezweckt, namentlich bei Versicherungen, auch in dem Verhältnisse eines stillen socius, so daß der Betrag, den er in jener Eigenschaft zahlt, ihm wiederum einen Anspruch auf Theilnahme am Erwerbe des Vereines gibt, und durch denselben jener Betrag wiederum verringert wird [258]). Dadurch entsteht bei Versicherungsanstalten ein Verhältniß der Gegenseitigkeit in Ansehung der Tragung der Gefahr unter den sämmtlichen Interessenten, wie es bei Tontinen und sonstigen Versorgungsanstalten, als Heuraths-, Wittwen- und Sterbecassen [259]), in Ansehung des zugesicherten Einkommens vorkommt; über welches bei den Tontinen freilich zum Theil das Loos entscheidet. — Die Einrichtung solcher Anstalten hängt zunächst von ihren Statuten ab; aber das Wesen der anonymen Gesellschaft wird sich immer darin finden, wenn sie auch nicht immer als Actienvereine aufgefaßt werden können.

IV. Handelspersonen sind die Subjecte von Handelsgeschäften; im engeren Sinne: diejenigen, welche diese Geschäfte nicht für eigene Rechnung vornehmen (das Handelspersonal).

1) Handelsmann oder Kaufmann, die Principalhandelsperson, oder schlechthin der Principal im Gegensatze zu dem Handelspersonal, ein solcher, der ein Handelsgewerbe für eigene Rechnung betreibt, kann in der Regel jeder sein, welcher zu rechtlichen Geschäften fähig ist [260]). Den Geistlichen ist indeß jedes Handelsgewerbe untersagt [261]). Den Sol-

---

255) So das niederländ. H.-G.-B. Art. 56. Span. Art. 338. Portug. Art. 735. Württemb. Entw. Art. 372.

256) Pöhls a. a. O. §. 59 flg., S. 280 flg.

257) Für juridisch inconsequent erklärt dieß indeß Pöhls a. a. O. S. 282.

258) So bei der gothaischen Lebensversicherungsanstalt.

259) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 19, 21 flg. und das. Cit. Eichhorn a. a. O. §. 118, Note c, §. 119.

260) Particularrechtlich werden zuweilen noch besondere Qualificationen verlangt. Vgl. Thöl a. a. O. §. 18.

261) C. 1. C. 14. 9. 4. c. 15. 16. X. de vita et honest. cleric. (3. 1.) c. 6. X. ne clerici vel monachi sec. neg. se inmisc. (3. 50.) Vgl.

baten ist die Betreibung des Detailhandels (mercimoniorum quaestus) verboten [262]). Die römische Vorschrift, daß Vornehme und Reiche keinen Detailhandel (mercimonium) treiben sollen, wie es scheint, um ihnen die Gelegenheit zu entziehen, den Verkehr an sich reißen [263]), kann nicht mehr als anwendbar betrachtet werden. Auch thut das Handelsgewerbe den Standesrechten [264]), namentlich denen des Adels, keinen Eintrag [265]). Particularrechtlich ist zuweilen den Beamten [266]), auch den Mäklern wenigstens mit den Waaren, in denen sie als solche ihr Gewerbe treiben [267]), der Handel untersagt; auch der Handel, jedoch seltener der Großhandel, häufiger aber der Detailhandel, zunftmäßig oder an den Erwerb einer Concession der Regierung geknüpft [268]). Den Juden ist die Betreibung des Handels häufig insofern unmöglich gemacht, als dazu Ortsbürgerrecht oder Mitgliedschaft in einer Zunft gehört, und sie von deren Erlangung ausgeschlossen sind [269]). — Auch mit dem Verhältnisse eines Factor ist die Betreibung eines eignen Handelsgewerbes nicht vereinbar [270]). Mit der beschränkten Dispositionsfähigkeit der Minderjährigen und ihrem Anspruche auf in integrum restitutio ist die Betreibung eines eignen Handelsgewerbes durch dieselben nicht wohl vereinbar. Die Befugniß dazu kann ihnen aber gemeinrechtlich, auch ohne venia aetatis oder besondere Erlaubniß [271]), nicht abgesprochen werden [272]), wenn sie unter Beistand ihres Curators handeln. Man hält selbst die allgemeine Einwilligung des Curators zur Betreibung des Handelsgewerbes, ohne dessen Zustimmung zu jedem einzelnen Geschäfte, für

---

c. 9. dist. 88. — Die Nov. 123. c. 6. untersagt den Geistlichen wohl nur den Besuch der Wirthshäuser.

262) L. 15. C. de re militari. (12. 36.) Vgl. L. 31. C. de locato et conducto. (4. 65.)

263) L. 3. C. de commerc. et mercat. (4. 63.): ut inter plebeios et negotiatores facilius sit emendi vendendique commercium.

264) Detailhändler, nämlich solche, welche offenen Laden oder Gewölbe (ergasterium) hielten, waren im römischen Rechte von öffentlichen Aemtern und Soldatendienst, mit einigen Modificationen, ausgeschlossen: L. un. C. negotiatores ne militent. (12. 35.) L. 12. §. 3. C. de cohortal. etc. (12. 58.) — Detailhändler wurden auch in Teutschland zuweilen von der Schöffenfunction ausgeschlossen. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 531, Note 6.

265) Ueber den Adel: Mittermaier a. a. O. §. 535, Note 4. Thöl a. a. O. §. 17, Note 3.

266) Fischer, österr. Handelsrecht §. 24.

267) Vgl. Code de c. art. 85. Mittermaier a. a. O. §. 539, Note 3, 4. Pöhls a. a. O. I. S. 125.

268) Vgl. oben Note 4. Mittermaier a. a. O. §. 532, Note 3.

269) In Beziehung auf Wucher und Schacher sind sie indeß zuweilen sogar privilegirt, so in Ansehung des Zinsennehmens, des Verkaufes, des Versatzes, der Herausgabe angekauften gestohlenen Gutes, z. B. nach Privil. der Altonaer Juden v. 1. Aug. 1641.

270) S. unten nach Note 296.

271) Z. B. des Vaters, oder der Mutter, oder des Familienrathes unter gerichtlicher Bestätigung. Code civ. art. 487. Code de c. art. 2.

272) S. indeß Mittermaier a. a. O. §. 535, bei Note 8.

genügend [273]); wiewohl sich gemeinrechtlich [274]) nicht behaupten läßt, daß er in Handelsgeschäften sein Restitutionsbeneficium verliere [275]). — Auch Weiber sind, mit seltenen particularrechtlichen Ausnahmen [276]), zur Betreibung eigenen Handelsgewerbes fähig. Sie bedürfen aber, um rechtlich als Handelsfrauen oder Kauffrauen zu gelten, da, wo Geschlechtsvormundschaft gilt, zu ihrem Auftreten in jener Eigenschaft dem Publicum gegenüber der Zustimmung ihres Geschlechtsbeistandes, weßhalb denn eine ausdrückliche Erklärung jene Eigenschaft anzunehmen erforderlich wird, die particularrechtlich vor öffentlicher Behörde, z. B. vor dem Rathe der Stadt [277]), geschehen muß. Bei einer verheuratheten Frau bedarf es, wenn der mit ihr in Gütergemeinschaft lebende Ehemann die von ihr vorgenommenen Handlungen als verpflichtend anerkennen soll, auch dessen Zustimmung, selbst wenn er nicht ihr Geschlechtsbeistand ist; die er aber auch stillschweigend durch Gestattung des Handelsbetriebes ertheilen kann [278]). Die so constituirte Handelsfrau handelt dann in ihren Handelsgeschäften eben so selbstständig, wie der männliche Kaufmann, also ohne Geschlechtsbeistand, wenn dieser auch in sonstigen Angelegenheiten erforderlich wäre [279]); sie entbehrt aber dahingegen auch in ihren Handelsgeschäften aller Vorrechte des weiblichen Geschlechtes [280]), und hat in denselben alle Befugnisse, aber auch alle Pflichten jedes Kaufmannes, ist z. B. wechselfähig und der Wechselstrenge unterworfen [281]). Frauen, welche bloß in den Handlungen ihrer Männer Hilfe leisten, die Handelsgehilfinnen, stehen eben so wenig in dem Verhältnisse einer Handelsfrau [282]), als solche, welche ein Handelsgewerbe durch einen Factor, ohne selber sich überall mit der Leitung des Geschäfts zu befassen, für ihre Rechnung

---

273) Thöl a. a. O. §. 17, Zif. 8.

274) Anders nach Particularrechten. Vgl. Thöl a. a. O. §. 17, Note 10, 11.

275) Pöhls a. a. O. I. S. 75. Mittermaier a. a. O. §. 535, Note 9. S. indeß auch Weber, natürl. Verbindlichkeiten §. 64, Note 7. Thöl a. a. O. §. 17, Note 9. — Aus L. 24. D. de minor. (4. 4.), L. 1. C. qui et advers. quas. etc. (2. 42.) läßt sich überall nichts Besonderes für Handelsgeschäfte ableiten.

276) Vgl. Thöl a. a. O. §. 17, Note 13.

277) Vgl. lübsch. R. II. Tit. 1, §. 14. Ueber die Einzeugung oder Declaration der Kauffrauen: Heise und Cropp, jurist. Abhandl. I. S. 30—53; und darüber, inwiefern es dabei eines Curators bedarf: Arch. f. d. Handelsrecht I. S. 174.

278) S. darüber den Art. Güterrechte der Ehegatten; Berk, Brem. Güterrechte S. 251. Heise und Cropp a. a. O. S. 6. Pöhls a. a. O. §. 27. Mittermaier a. a. O. §. 536, Note 6.

279) Mevius ad Jus Lubec. I. Tit. 10. art. 1. nr. 57. Thöl a. a. O. §. 50, Note 9.

280) Bender a. a. O. I. S. 94. Thöl a. a. O. §. 50, Note 10 und das. [illegible] Gesetze.

[illegible] Gesetze: bei Thöl a. a. O. §. 50, Note 11.

[illegible]) Particularrechtlich hat es aber Verhaftung der Frau für die Schulden des Mannes und Verlust der privilegia dotis zur Folge: Frankf. Reform. III. 7. §. 12.

betreiben lassen [283]) oder als stille sociae bei einem Handelsgeschäfte interessirt sind [284]). Der gewerbliche Status des Kaufmannes wird erworben durch das Etablissement, oder vielmehr durch die Errichtung des Etablissements, wenn nicht derselbe nach gesetzlicher Vorschrift von anderen Momenten abhängig ist [285]), die denn freilich auch das Etablissement bedingen, aber auch schon an sich die Qualität des Kaufmannes begründen können [286]), so daß das Etablissement sich nur als eine Besitzergreifung des Status darstellt. — Es besteht in einer dem Publicum gegenüber abgelegten Erklärung, Handel als Gewerbe treiben zu wollen, mit Bestimmung irgend einer Localität als des Mittelpunktes dieses Betriebes, wo der Kaufmann selber, oder solche, die ihn zu vertreten befugt, anzutreffen sind [287]). Bekanntmachung durch Circuläre und öffentliche Blätter ist zwar üblich, kann aber eben so wenig gemeinrechtlich für nothwendig erachtet werden, als Anzeige oder Inscription bei öffentlichen Behörden [288]). Selbst eine stillschweigende Erklärung durch concludente Facta muß genügen. — Der Status eines Kaufmannes führt besondere Befugnisse und Obliegenheiten mit sich, insbesondere particularrechtlich. Das römische Recht gibt schon den Handelsleuten die Befugniß, sich höhere Zinsen zu bedingen [289]), nach allgemeiner Gewohnheit steht ihnen das Vorrecht der Beweisführung durch ihre Handelsbücher zu [290]), es wird aber auch für ihre Pflicht erachtet, solche Bücher gehörig zu führen. Particularrechtlich ist die Zahl größer, z. B. Wechselfähigkeit, Gerichtsstand vor dem Handelsgerichte u. s. w. [291]).

2) Zum Handelspersonal kann nach dessen aufgestellten Begriff niemand gezählt werden, der durch ein eigenes Gewerbe in Beziehung auf Handelsgeschäfte Anderer thätig wird; also nicht der Commissionär und Spediteur, welche eine Art der Kaufleute selber sind, eben so wenig Assecuradeure, Schiffer, Fuhrleute u. s. w.; nicht der Makler, der überall nicht eigentliches Subject der Geschäfte ist, die er zu Stande bringt, sondern nur ein vermittelnder Gehilfe. Es können ferner nicht dahin gezählt werden diejenigen, welche den Kaufmann durch bloße operae in seinem Gewerbe unterstützen, wie Buchhalter, bloße Comtoiristen und Comtoirlehrlinge als solche. Nur diejenigen gehören dahin, welche in dem Gewerbe eines Kaufmannes Dritten gegen-

---

283) So preuß. Landr. II. 8. §. 491, 492. Mittermaier a. a. O. §. 536, Note 7, 8.

284) Thöl a. a. O. §. 50 a. E.

285) Vgl. oben Note 230. Auch der Handelsfrau genügt das Etablissement, wenn nicht die oben bei Note 246, 248 genannten Umstände obwalten.

286) So Aufnahme in die Handelsinnung u. dgl.

287) S. Thöl a. a. O. §. 19.

288) Solche Inscriptionen fordern das span. und portug. H.-G.-B. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 532, III.

289) L. 26. §. 1. C. de usuris. (4. 32.)

290) Vgl. oben bei Note 125 flg.

291) S. Thöl a. a. O. §. 19, III.

über negotia mit rechtlicher Verbindlichkeit für ihn vornehmen. Die Handelsperson in diesem engeren Sinne setzt immer ein Verhältniß derselben zu einem Principal vor, der sie auf irgend eine Weise giltig ermächtigt hat, ihn in rechtlichen Geschäften zu vertreten. Ein solcher Vertreter ist in Beziehung auf ein ganzes Handelsetablissement der eigentliche Factor, Disponent, Handlungsvorsteher, Geschäftsführer, Procuraträger, Procurist; der Institor des römischen Rechtes. Wer nur für gewisse Geschäfte zur Vertretung ermächtigt ist, kann Comtoirist oder Commis, selbst Lehrling sein; und beim Detailhandel haben die Ladendiener wie die Lehrlinge in Beziehung auf den Verkauf eine solche Vertretung. In Beziehung auf die an auswärtigen Orten vorzunehmenden Geschäfte sind der Handlungsreisende, commis voyageur, der Cargadeur, und der Agent zu nennen. Letzterer hält sich gewöhnlich an einem bestimmten von dem des Etablissements verschiedenen Orte auf und pflegt nicht bloß nach speciellen Aufträgen zu verfahren, sondern dazu bestellt zu sein, überhaupt dasjenige im Interesse seiner Principalschaft vorzunehmen, was die Umstände erheischen. Der Handlungsreisende und der Cargadeur haben dahingegen mehr oder weniger speciellen Aufträgen zu folgen; namentlich begleitet der letztere [292]) eine Schiffsladung, um sie zu verkaufen, auch wohl eine andere Ladung wiederum anzukaufen. Agenten und Handlungsreisende dienen zuweilen mehreren Principalen zugleich. — Der Umfang ihrer Befugnisse hängt von der Ermächtigung des Principals (der Procura) ab. Allein einestheils kann die Bestellung einer solchen Handelsperson an sich schon einen gewissen Umfang ihrer Befugnisse mit sich führen, wenn nicht besondere Beschränkungen hinzugefügt worden, wie z. B. beim Institor die Art und der Zweck des Etablissements einen solchen Umfang bestimmt [293]); und anderntheils wird in der Gestaltung einer gewissen Thätigkeit von Seiten des Principals in seinem Gewerbe allein zuweilen schon eine Ermächtigung zu gewissen Geschäften gefunden; so bei den Ladendienern, indem der Principal ihnen die Besorgung des Verkaufes gestattet [294]). Ferner müssen diejenigen, welche der Principal auf seinem Comtoir als Comtoiristen handeln läßt, wenigstens zur Entgegennahme von Bestellungen ermächtigt erachtet werden [295]) und denjenigen, der eine Waare mit der Rechnung über dieselbe [296]) überbringt,

---

292) S. Büsch a. a. O. S. 185—187.

293) Vgl. Kritz, Pandektenrecht I. S. 307, 308. Mittermaier a. a. O. §. 537 bei Note 6. Thöl a. a. O. §. 24.

294) So Hamb. Stadtr. II. Tit. 9, Art. 7. Preuß. Landr. II. Tit. 8, §. 546, 549. S. auch Arch. f. d. Handelsr. II. S. 510. Pöhls a. a. O. S. 105. Mittermaier a. a. O. §. 538, Note 2, 3. Thöl a. a. O. §. 24, Ziff. 3.

295) Zur Entgegennahme von Zahlungen in Abwesenheit des Principals (Martens a. a. O. §. 29) auch ohne besonderen Auftrag sie ermächtigt zu erklären, ist wohl zu weit gegangen. S. auch Mittermaier a. a. O. §. 538, Note 7, 8, und bad. Handelsr. Art. 7 d.

296) Nur die Ueberbringung der Rechnung wird die Stelle einer ausdrücklichen Ermächtigung zur Empfangnahme, welche man zuweilen fordert (Mittermaier a. a. O. §. 538, Note 6), vertreten können.

hält man auch zur Entgegennahme der Zahlung des Preises befugt; was indeß doch auf den Fall zu beschränken sein dürfte, wenn die Rechnung unversiegelt ist. — Als allgemeine Norm müssen auch in solchen Fällen die Grundsätze über das römische Institorenverhältniß und deren Analogie gemeinrechtlich entscheiden.

Das Eigenthümliche des Verhältnisses des Institor besteht in der Beziehung seiner Thätigkeit auf eine gewisse im Interesse eines Anderen, des Principals oder des praeponens, bestehende gewerbliche Einrichtung, ein Etablissement; sie finde nun in einer für die Betreibung des Gewerbes ausschließlich bestimmten Localität, z. B. einem Gewölbe, einem Schiffe, oder anderswo Statt [297]). Manche Aussprüche des römischen Rechtes über dieses Verhältniß setzen indeß eine Thätigkeit in einer derartigen Localität voraus [298]). Jene Beziehung unterscheidet ihn von anderen Vertretern in rechtlichen Geschäften; sie vermittelt die rechtliche Beziehung dieser Geschäfte auf den Principal, gleichviel welches Verhältniß übrigens zwischen dem Principal und dem Institor besteht, ob ein Mandat, eine Dienstmiethe, oder ein anderes ähnliches. Diese Geschäftsbeziehungen sind es, welche allein das Verhältniß juridisch zu einem besonderen qualificiren. Jedem Etablissement, jeder negotiatio [299]), kann übrigens ein Institor vorgesetzt werden, wiewohl hier natürlich nur der Institor eines Handelsetablissements ins Auge zu fassen ist. — Damit nun der Institor bei einem Geschäfte als ein solcher rechtlich gelten könne, ist nicht allein erforderlich, daß dasselbe dem Kreise von Geschäften, dem er vorgesetzt ist, angehöre [300]), sondern auch daß er mit seinem Contrahenten das Geschäft in Beziehung auf diesen Geschäftskreis und als zu demselben gehörig abschließe [301]). Am einfachsten und gewöhnlichsten geschieht dies durch den Gebrauch des Namens des Principals, oder der Firma in der einen oder der anderen Bedeutung [302]); so daß der Institor dabei ausdrücklich vermöge der ihm ertheilten Ermächtigung des Principals, der Procura, auftritt. Indeß muß es genügen, wenn es aus den Umständen hervorgeht, daß die Contrahenten über die Eigenschaft des Institor und das Handeln desselben als eines solchen bei dem Geschäfte einverstanden waren [302a]). Nach dem römischen Civilrechte würde nun zwar dessenungeachtet eine Begründung von obligatorischen Verhältnissen nur zwischen dem

---

297) Vgl. L. 3. L. 18. D. de institor. act. (14. 3.) Die Literatur der Lehre vom Institor bei Thöl a. a. O. §. 20, Note 2, 4.

298) Vgl. unten Note 324.

299) L. 3. D. cit.

300) §. 2. J. quod cum eo etc. (4. 7.) L. 5. §. 11. D. de instit. act. vgl. mit §. 12. ibid. L. 1. §. 12. D. de exerc. act. (14. 1.) L. 2. L. 3. C. de inst. etc. exerc. art. (4. 25.)

301) Thöl a. a. O. §. 27, III. Vgl. L. 1. §. 9. L. 7. pr. D. de exercit. act.

302) Vgl. oben bei Note 159.

302a) Vgl. L. 13. pr. D. de exercit. act. und Thöl a. a. O. §. 27, S. 82 flg.

Institor und dessen Contrahenten möglich gewesen sein [303]). Allein die vom Prätor eingeführte institoria actio gestattete letzterem die Wahl, aus den vom Institor contrahirten Verbindlichkeiten entweder diesen oder den Principal in Anspruch zu nehmen [304]), und wegen der von dem Institor erworbenen Forderungen wurde dem Principal eine Klage gegen den Verpflichteten wenigstens aushilfsweise gestattet [305]). — Jetzt sieht man indeß das Verhältniß so an, als ob der Principal schlechthin verpflichtetes und berechtigtes Subject der von dem Institor als solchem begründeten Forderungsverhältnisse werde [306]) und muß demnach consequent auch die Klagen daraus gegen diesen, so wie ihm gegen die Verpflichteten, versagen [307]); es sei denn, daß er auch in Beziehung auf sie als Vertreter des Principals legitimirt wäre [308]). Indem man nun den Mandatar auf denselben Standpunkt zwischen den Mandanten und dritten Contrahenten stellt [309]), so steht der Institor hier zwar dem Mandatar gleich [310]). Allein der Umstand, daß der eigentliche

---

303) Vgl. m. Identität u. s. w. §. 6, S. 136 flg. L. 49. §. 2. D. de A. v. A. P. (41. 2.) Mühlenbruch, Cession S. 140, 145, 146.

304) L. 1. §. 17. D. de exercit. act. Ob diese Wahl auch noch stattfand, nachdem der Institor aufgehört es zu sein (vgl. Thibaut, Syst. des Pandektenr. §. 525, m. Identität a. a. O. S. 140, Note 17 a), wird sich nicht mit voller Gewißheit entscheiden lassen. Jedenfalls war in Ansehung des Principals nur eine honoraria obligatio vorhanden (L. 1. §. 24. D. eod.); und daß nur gegen ihn **oder** den Institor geklagt werden konnte, hatte seinen Grund in der Prozeßconsumtion (Keller, Litiscont. S. 431, 433, m. Ident. a. a. O. Note 17 a). Und in L. ult. D. de inst. act. scheint eine Obligation des Institor und eine Klage gegen ihn nur deßhalb geleugnet zu werden, weil in der dort erwähnten cautio die **Begründung** einer obligatio nicht gefunden wird.

305) L. 1. §. 18. D. de exerc. act. L. 1. in f. L. 2. D. de instit. act. L. 5. D. de stip. praef. (46. 5.)

306) Thibaut a. a. O. §. 521 flg. Vgl. Glück, Erläut. der Pand. XIV. S. 198, 246. Mühlenbruch, Cession S. 147 und Note 297. Heise und Cropp a. a. O. II. S. 386.

307) In Ansehung der actio iudicati gilt dieß auch bereits im römischen Rechte. L. 4. D. de re iud. (42. 1.) L. 28. L. 61. D. de procurat. (3. 3.)

308) Gewöhnlich sagt man indeß: er könne belangt werden, um aus dem Vermögen des Principals Befriedigung zu schaffen. Vgl. Thibaut a. a. O. §. 525. Thöl a. a. O. §. 26. Preuß. Landr. §. 542. — L. 4. D. cit. beweist aber nur, daß er, wenn er als **Procurator** belangt wird, nicht mit eignem Vermögen haftet. — Eben so wenig ist L. 11. §. 7. D. de inst. act. (vgl. m. Identität u. s. w. §. 10, S. 267, 268) relevant, da sie von der Klage gegen den **Institor selbst** gar nicht redet.

309) S. Thibaut a. a. O. §. 529.

310) Zwar wird auch die **unentgeltliche** Verpflichtung zur Leistung von operae als ein Mandatsverhältniß betrachtet (§. 13. J. mandati. (3. 27.) Caii J. III. 162. L. 22. D. praescr. verb. [19. 5.]). — Allein sonst ist das Charakteristische desselben doch die Verpflichtung, negotia zu geriren, zu contrahiren (m. Identität u. s. w. §. 2, Note 47, S. 31, 32), und dieß gilt auch vom Verhältnisse des Institor. L. 11. §. 6. D. de inst. act.: Sed si in **totum** prohibuit cum eo **contrahi**, **praepositi loco non habetur**, cum magis hic custodis sit loco, quam institoris.

Institor einer ganzen Gewerbseinrichtung vorgesetzt ist, ermächtiget ihn selbst dazu, die einzelnen Geschäfte zu bestimmen, welche für dieselbe vorgenommen werden, insoweit die Natur und der Zweck jener Gewerbseinrichtung ihm darin nicht Grenzen setzt; und diese Geschäfte können, wenn auch an sich erlaubt, doch unter Umständen mit einem Vergehen in so enger Verbindung stehen, daß dieses concrete Vergehen ohne die Vornahme des Geschäftes nicht begangen werden können[311]), z. B. ein mit dem Geschäfte verbundener dolus[312]), eine Zolldefraudation[313]). Aus solchen Vergehen muß denn der Principal, auch wenn sie ohne sein Wissen und Wollen geschehen, eben so verhaftet werden, wie aus den erlaubten Geschäften[314]). Ist übrigens der Institor nur einzelnen Geschäftsbranchen eines Etablissements vorgesetzt[315]), so müssen natürlich diese den Umfang seiner Befugnisse bestimmen, sonst aber muß eben dasselbe gelten, was in Ansehung des Vorgesetzten eines ganzen Etablissements gilt; so z. B. bei dem Cassirer, dem Cargadeur, dem commis voyageur[316]). Die Entscheidung der Frage: ob der Institor den Principal auch durch Aufnahme von Darlehen verpflichte? muß von der Natur der Geschäfte, denen er vorgesetzt ist, und der Verbindung, in welcher das Darlehen mit ihnen steht, abhängig gemacht werden[317]). Wo er aber als Institor den Principal dadurch nicht verpflichtet hat, kann dieß dennoch durch eine versio in rem geschehen sein[318]). Eine Substitutionsbefugniß kann man, ohne besondere Gestattung des Principals, dem Institor nicht zugestehen, sofern sie nicht etwa zu seiner Verwaltung gehört[319]). — Geschäfte, durch welche der Institor den Kreis der ihm gemäß der Natur des Etablissements, oder des Geschäftszweiges, dem er vorgesetzt ist, zustehenden Befugnisse überschreitet, verpflichten und berechtigen den Principal ohne Ratihabition

---

311) So auch im Falle der L. 5. §. 8. D. de inst. act.

312) L. 11. §. 4. D. eod. L. 5. §. 8. D. de doli mali exc. (44. 4.)

313) Mittermaier a. a. O. §. 537, V.

314) Vgl. die Cit. der Note 311, 312. Glück, Erläut. der Pand. XIV. S. 247. Pardessus, Cours de droit comm. II. p. 645.

315) Vgl. L. 1. §. 13. D. de exercit. act.

316) S. Mittermaier a. a. O. §. 538, Note 9.

317) L. 5. §. 13. D. de inst. act. L. 1. §. 8. D. de exerc. act. (14. 1.) Thibaut a. a. O. §. 528. Kritz a. a. O. S. 305 vgl. mit L. 7. §. 2. D. eod.

318) S. Thöl a. a. O. §. 28, Note 9. Eine bloße negotiorum gestio würde nur in Folge geschehener Ratihabition des Principals gegen diesen eine Klage des Dritten möglich machen.

319) Z. B. wenn er einen Cargadeur oder commis voyageur beauftragt. — Wenn man die Substitutionsbefugniß als Regel aufstellt (Thöl a. a. O. §. 32, Note 5), so beweist L. 8. §. 3. D. mandati (17. 1.) nichts für dieselbe. Denn daraus, daß der Substituent gegen den Substituten die mandati actio hat, folgt noch nicht, daß er seine Pflicht gegen den Mandanten nicht verletzt. Aus L. 1. §. 14. D. de inst. act. (14. 1.) läßt sich eine solche Regel für das Verhältniß des Institor eben so wenig ableiten. — S. auch Mittermaier a. a. O. §. 537, Note 15, 16.

nicht, wenn er nicht eine ausgedehntere Procura ertheilte [320]). Soll der Kreis seiner Befugnisse aber beschränkter sein, und eine beschränktere Haftung des Principals eintreten, so muß dem dritten Contrahenten die Beschränkung bekannt, oder sie auf eine solche Weise zur öffentlichen Kunde gebracht sein, daß er sie kennen mußte [321]). Dasselbe gilt, wenn der Umfang einer ausdrücklich ertheilten und bekannt gewordenen Procura beschränkt, oder das Verhältniß durch Widerruf oder Tod erloschen, in Ansehung der gänzlichen Befreiung des Principals oder seiner Erben von der Haftung aus den im Widerspruche mit der Beschränkung oder nach der Erlöschung vorgenommenen Handlungen; indem diese erst dann eintreten kann, wenn dem Dritten die Beschränkungsgründe oder Aufhebungsgründe bekannt geworden, oder sie auf gehörige Weise, durch Abmeldung des Institor, bekannt gemacht worden waren [322]). Daß aber auch, wenn der Dritte die Kunde davon erlangt hat, noch eine Bekanntmachung dazu erforderlich sei [323]), kann nur dann angenommen werden, wenn der Principal im Widerspruche mit seiner Beschränkung oder seinem Widerrufe, oder die Erben, ungeachtet des Todes des Erblassers, den Institor in den fraglichen Geschäften verkehren lassen, während sie oder ihre Vorgesetzten es hindern konnten [324]). Für den Fall, wenn der Institor nach dem Tode und vor der Erbschaftsantretung contrahirte, während der dritte Contrahent den Tod des ursprünglichen praeponens kennt, scheint sich dieß Erforderniß dadurch zu rechtfertigen, daß es dem dritten Contrahenten nicht zum Nachtheil gereichen soll, wenn die Erben, behindert oder nicht, es

---

320) Eine Bekanntmachung der Procura, eine Anmeldung des Institor, ist dazu gemeinrechtlich nicht erforderlich. Particularrechte fordern sie indeß zuweilen. Vgl. z. B. preuß. Landr. §. 500, 503—505, 511. Bad. Handelsr. Art. 7 b. Thöl a. a. O. §. 30.

321) Vgl. Tittmann, von der Statthaftigkeit der institorischen Klage bei Uebertretungen der Gewerbsvorschrift. Dresden 1805; auch L. 5. §. 12. D. de instit. act. L. 1. §. 12. D. de exercit. act.

322) Denn wer ohne jene Umstände zu kennen, mit dem Institor contrahirt, dem wird die institoria actio nicht versagt (L. 5. §. 17. D. de inst. act. — er wird durch Zahlung an den Institor auch liberirt: L. 41. D. de R. C. [12. 1.]); wohl aber dann, wenn ihm allein (L. 17. §. 4. D. de inst. act.) oder dem ganzen Publicum durch Bekanntmachung (L. 11. §. 2. D. de inst. act.) die Abmeldung geschehen. Eben so muß die Beschränkung einer ausdrücklich in einem gewissen Umfange ertheilten Procura bekannt gemacht werden: L. 11. §. 5. D. de inst. act.

323) Thibaut a. a. O. §. 528 a. E.

324) L. 5. §. 17. L. 17. §. 2. D. de inst. act. L. 11. pr. D. eod. Die römischen Bestimmungen gehen hier offenbar davon aus, daß der Institor seine Geschäfte an einem gewissen Orte fortwährend übe, wo seine Principalschaft ihn daran verhindern konnte. Darauf deuten die Worte: quamdiu propositus manet: removendus enim fuit a tutoribus, in L. 11. pr. D. cit.; ferner das: non enim imputandum est ei, qui sciens dominum decessisse, cum institore exercente mercem contrahat, in L. 17. §. 3. D. eod., und die Vorschriften, welche die Bekanntmachung des Widerrufes u. s. w. durch Anschlag an einem solchen Orte fordern: L. 11. §. 3. D. eod.

unterlassen anzutreten, und den Institor zu entfernen [325]); so wie es ihm auch nicht die institoria actio rauben soll, wenn der Institor ohne Verschulden des Principals die gehörige Verkündigung der Abmeldung verhindert [326]). Mehrere Principale desselben Institors werden durch ihn in solidum verpflichtet [327]) und von mehreren Institoren desselben Geschäftskreises handelt, wenn nicht die Procura ein anderes bestimmt, jeder allein mit voller Wirksamkeit [328]). Der Substitut, welcher vom Institor befugterweise bestellt ist, steht in demselben Verhältnisse, wie dieser zum Principal und zu Dritten [329]). Denn in solchem Falle ist dafür derselbe Grund vorhanden, wie wenn der Institor sonstige Geschäfte vornimmt. Ob übrigens der Institor selber durch seine Geschäfte verpflichtet worden oder werden können, ist für die Haftung des Principals gleichgiltig; er wird auch durch die Geschäftsführung eines Unmündigen verpflichtet [330]). — Inwiefern dem dritten Contrahenten die actio institoria gegen den Principal nicht erworben wird, wenn der Institor unbefugterweise Geschäfte vornimmt, ergibt sich bereits aus dem Obigen. Im Allgemeinen kann man die Regel so fassen, daß, wenn es in den dem Institor von dem Principal in der That ertheilten Befugnissen zur Begründung der Klage an einem Momente mangelt, welches der Dritte nach dem Verhalten des Principals als darin vorhanden anzunehmen nicht befugt war, dieser Mangel auch in Beziehung auf den Dritten und den Principal die Folge hat, daß die Klage nicht entsteht. — Man redet in dieser Beziehung von einer Erkundigungspflicht des Dritten [331]). — Der auf die Messe geschickte Handlungsdiener gilt in Beziehung auf die Meßgeschäfte, der Cargadeur in Beziehung auf die die Ladung betreffenden Geschäfte, als Factor [332]). Der Handlungs-

---

325) S. die Worte der L. 17. §. 3. D. cit. in Note 324. Man will hier indeß statt: sciens, lesen: nesciens. Allein die Anfangsworte der Stelle deuten darauf hin, daß der Institor ante aditam hereditatem unbedingt den künftigen Erben Verpflichtungen zuziehe. Freilich sagt L. 5. §. 17. D. cit. auch wieder: nec non si ante aditam hereditatem cum eo contractum est: „aequum est ignoranti dari institoriam actionem. — Und vergleicht man damit L. 41. D. de R. C. cit., so scheint man dieß auf eine ignorantia über den Tod [illegible] dominus beziehen zu müssen. Allein in dieser letzteren Stelle ist nicht von ei[illegible] Geschäftsthätigkeit an einem bestimmten Orte, wo sie factisch von der Gestattung des Principals abhängig ist, die Rede; und in der anderen Stelle kann demnach die ignorantia auf den Umstand bezogen werden, daß die Erbschaft nicht angetreten, also keine eigentliche Gestattung der Geschäftsthätigkeit von Seiten der Erben vorhanden war. Die scientia dieses Umstandes wird aber auch in L. 17. §. 3. D. cit. nicht angenommen. Vgl. übrigens: Glück a. a. O. XIV. S. 262—265.

326) L. 11. §. 4. D. de instit. act.

327) L. 1. §. 25. L. 2. L. 3. D. de exercit. act. (14. 1.)

328) L. 1. §. 13. 14. D. de exercit. act. (14. 1.) L. 11. §. 5. D. de instit. act. Vgl. L. 11. §. 2. 6. D. eod.

329) L. 1. §. 5. D. de exercit. act.

330) L. 7. §. 2. 11. L. 8. D. de inst. act. Vgl. L. 3. §. 11. L. 4. L. 23. D. de minor. (4. 4.) Vgl. auch den Art. Actio institoria.

331) Ausführlich darüber: Thöl a. a. O. §. 31.

332) Pöhls a. a. O. S. 102, 103.

reisende kann bald zum wirklichen Abschlusse der Geschäfte, bald aber auch nur zur Einleitung derselben und zur Beförderung der ihm ertheilten Aufträge an sein Haus beauftragt sein [333]). Im letzteren Falle leistet er nur operae, im ersteren ist er Mandatar; selten wird man ihn als eigentlichen Factor behandeln können. Dieselben Unterscheidungen müssen auch in Ansehung des Agenten gemacht werden. Ob der zum Empfang einer Waare beauftragte Handlungsdiener auch als zur Prüfung der Empfangbarkeit beauftragt anzusehen sei, wird sich nur nach particulären Gesetzen und Gebräuchen bestimmen lassen [334]). — Die Rechte und Verbindlichkeiten zwischen dem Principal und diesen Handelspersonen im engeren Sinne hängen natürlich immer von dem zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnisse ab. Brackenhoeft.

Handlung; factum, gestum. Diese Lehre des allgemeinen Theiles gibt uns Anlaß, bis auf ein die gesammte Rechtslehre durchdringendes philosophisches Element zurückzugehen, das vorzüglich in den beiden, übrigens unter besonderen Artikeln zu behandelnden Functionen der Zurechnung und Auslegung zu üben, dem practischen Juristen unentbehrlich und, in seiner Reinheit dem Lichte vergleichbar, so wenig Unfug stiften kann, daß es vielmehr gegen die Einschwärzung alles Ungehörigen in das positive Recht am mächtigsten bewahrt. In einem sehr weiten Sinne schreiben wir bloßen Naturwesen, in so weit wir ihnen Kräfte beilegen, auch Handlungen zu. Dieß rührt daher, weil die Kraft, die deren Vermögen, zu wirken, in die Erscheinung treten läßt, etwas Unsichtbares bleibt, welches nur der Erfolg erkennbar macht, weßhalb wir, da wir davon eine unmittelbare Vorstellung nur aus uns selbst schöpfen, einer jeden Substanz eine Art von Lebensprincip unterzulegen gewohnt sind. Am meisten läßt sich dieser vage Sprachgebrauch noch bei den Thieren entschuldigen, theils weil diese in ihren Kunsttrieben oft eine bewundernswürdige Zweckmäßigkeit zeigen, deren Producte zur eigenen und ihrer Art Erhaltung jedoch darum am wenigsten Handlungen sind, weil sie, nur aus einem principio intelligente extrinseco uns verständlich, ohne selbst gesetzten und erkannten Zweck zu Stande kommen und daher in verschiedenen Exemplaren und zu verschiedenen Zeiten, wie die Vergleichung von Büffon mit Plinius und Aristoteles beweist, mehr numerisch, als specifisch verschieden, die Gleichen bleiben, theils und besonders aber, so weit ihre Handlungen einen sich durch eine im Effecte sehr abstechende Unsicherheit und Fehlbarkeit entblößenden Schatten von Wahl und Ueberlegung zeigen, die ihre willkürlichen Bewegungen einer möglichen Zucht und Abrichtung unterwirft und sich auf jene andere Natur bezieht, wodurch der Mensch sich das zahme Thier zugesellt hat. Selbst unsere Jurisprudenz behandelt den Abfall von dieser anderen Natur

---

333) Mittermaier a. a. O. §. 538, Note 10, 11.

334) Dafür ist das span. und portug. H.-G.-B. Nach Mittermaier a. a. O. §. 538, Note 5, kann dahingegen der Principal selbst noch von den Mängeln der Waare Einwendungen hernehmen.

in der commota feritas als Unart, wofür der Herr nach Umständen vermöge der actio de pauperie einstehen muß. Das obgleich unaufhörliche Bestreben, womit die todte Materie ihren Raum erfüllt oder die Körper einander anziehen und zurückstoßen, die Regelmäßigkeit, womit ein Tropfen Oel auf der Wasserfläche sich abrundet u. s. w., können dagegen so wenig Handlungen genannt werden, als wir unsere Verdauung, unseren Herzschlag und Blutumlauf u. s. w. als solche betrachten. Es hebt daher diese weiteste Bedeutung nur die eine Seite unseres Begriffes hervor, daß nämlich jede Handlung eine durch Naturgaben vermittelte Kraftäußerung, weßhalb das teutsche Wort wahrscheinlich von Hand, vielleicht verkürzt aus Handanlegung, abstammt, etwas, das geschieht, und folglich in eine nie anfangslose Zeit fällt, endlich eine sowohl durch diese Abhängigkeit, als durch Oertlichkeit bestimmbare Wirklichkeit voraussetzt und darstellt. Hierin liegt das empirische Element einer jeden Handlung.

Im eigentlichen Sinne haben wir unter Handlungen die Wirkungen und Kraftäußerungen freier Wesen zu verstehen, welche durch die Spontaneität, womit sie sich selbst als vernünftig geben, auch nach Vernunftgesetzen zu schätzen und in ihren Folgen zu bestimmen sind. Sie kündigen sich an durch einen Eigensinn, welcher zwar die Unfehlbarkeit und selbstgenugsame Vollkommenheit einer durch den Naturtrieb aufgedrungenen Zweckmäßigkeit nur selten erreichen wird, dafür aber nur aus selbstgesetzten Zwecken zu erklären ist und daher mit dem Naturzwange jeden Leitfaden seiner Begreiflichkeit unterbrechend in der Erscheinungswelt wie eine Seifenblase verschwinden würde, wäre er nicht nach einer anderen Natur zu beurtheilen und erheben, welche die Menschheit nach sittlichen Gesetzen sich selbst zu geben, nicht umhin konnte. Alles aus dem einfachen Grunde, weil der Mensch nicht blos Vernunft hat, als ein Vermögen, das er nach Belieben brauchen oder bei Seiten lassen könnte, sondern selbst vernünftig oder ein vernünftiges Wesen ist. Dadurch ist der Vernunft der Triumph bereitet, daß ohne sie auch nichts Unvernünftiges getrieben werden kann und diese inversa ratio im Leidenschaftlichen oder Lasterhaften dem Arrestaten gleicht, der sich nach der Gerichtsstätte schleifen läßt, wohin er ohne Stöße und Schläge gehen könnte. Es ist eine irrige Vorstellung, wenn man diese Leute nur von Außen durch den Sinnenreiz ohne innere Bestimmung beherrscht glaubt. Püttmann (Progr. delinquendi occasio, an et quatenus delictum, eiusque poenam minuet) hat ganz Recht, daß der Reiz einer sich ungesucht darbietenden, vielleicht auch die Hoffnung der Nichtentdeckung vermehrenden Gelegenheit nur die geringeren Verbrechen zu mildern vermag. Schon bei den Wollüstlingen, Verschwendern und Asoten, welche dem gegenwärtigen Vergnügen zunächst nachhängen, ist in ihrer Lust das Selbstgeschaffene, das eine verdorbene Einbildungskraft dazu beiträgt, und ein mit dem wirklichen Genusse selten im Verhältnisse stehendes Streben nicht zu verkennen. Erwägt man aber vollends, durch welche Kämpfe, Mühsale und Unlust sich die Ehrsüchtigen und Geldgeizigen durchwinden und wie wenig sie des Erlangten froh werden, so wird man einen Mißbrauch von Vernunft und

Selbstbestimmung, welcher einem verkehrten höchsten Gute nachjagt, und folglich die Menschenkraft, nicht verkennen, welche wir frei nennen. Der verborgene Sitz der Freiheit, ein Nachhall des Schöpferwortes in einem Wesen, das er zu seinem Bilde schuf, liegt im Geiste, welcher Seele und Leib zugleich beherrscht und beide einigt. Um also den Namen Handeln oder Handlung zu verdienen, muß das physische Wirken durch eine geistige Thätigkeit ihre Unterscheidungsmerkmale erhalten, welche sich in dem Bewirkten als Werk, Geschäft oder That originell ausprägen, übrigens auch ohne entsprechenden Erfolg und ohne gedeihliche Wirksamkeit durch das Streben nach einem solchen Ziele darlegen können. Solche uns im practischen Leben begegnende Freiheitsproducte sind die Ableger eines freien Selbstes, das sich nur in diesem Ebenbilde seiner bewußt wird und anderen erkennbar macht, zugleich aber dadurch in der physischen Welt mit einer eigenen Welt umgibt, welche so sehr die Gestalt einer mit der ersteren verwachsenen Thatsache annimmt, daß sie als ein ihm nicht mehr allein angehöriges Object auf ihren Urheber zurückwirkt und für ihn Folgen nach sich zieht, welche von seiner Wahl und Gesinnung nicht mehr abhängen, und denen er sich so unwillkürlich unterwerfen muß, als dem Naturgesetze des Fallens, wenn er seinen Schwerpunkt nicht stützt. Dadurch sind sie die Quelle des Rechtes, als das unter der Kategorie des Daseins wirklich gewordenen und objectiv erkennbaren Sittlichen, welches durch seine Gesetze uns aus der Außenwelt mahnt, wie das Gewissen von Innen und nichts anderes als eine aus Freiheit geborene Nothwendigkeit ist, welche stets auch eine Zufälligkeit einschließt. Hierauf beruht das rationelle Element unseres Begriffes, welches dessen specifische Differenz bildet. Nämlich die aus einer Intelligenz entsprungene Aeußerung menschlicher Kräfte, welche nicht blos wirkt, sondern auch erzeugt, ein Geschehenes, das als Abfall von der erzeugenden Ursache nicht mehr abhängt, und eine Wirklichkeit, welche von der ihr einverleibten Ursache (dem Subjectiven) unzertrennlich und damit gleichzeitig so sehr aus sich selbst zu begreifen ist, daß Zeit und Ort, als solche, bei ihrer Werthschätzung verschwinden.

Auf den ersten Blick scheinen beide Elemente kaum versöhnlich, da es auf dem Standpunkte einer mit dem Greiflichen beschäftigten nüchternen Natur und Geschichtsforschung nicht sogleich einleuchtet, wie irgend eine in dieser Welt gegebene Kraft, die stets ihr Maß haben und sich in der Wirkung erschöpfen wird, dennoch eine neue Kraft aus dem Verborgenen entwickeln, wie ein Geschehenes, dessen Auffassung nach dem Causalitätsgesetz die vom Dache heruntergewehte Ziegel und den Kolbenschlag des Raufboldes nicht unterscheidet, Folgen nach sich ziehen könne, welche der abwärts stets fortlaufenden Reihe der Ursachen und Wirkungen völlig fremd sind und gewissermaßen dem, in mundo non datur casus, widerstreitet, wie endlich irgend eine sinnliche Erscheinung eine Wirklichkeit von vornen anzufangen im Stande sei, welche einer anderen Welt anzugehören scheint, als derjenigen, wodurch sie sich mittheilt und durchgeht. Es scheint dieses auf eine unverträgliche Vermischung zweier Reiche, welche, wie Essig und Oel, stets geschieden bleiben und

daher als abgesondert zu behandeln seien, hinauszulaufen, wie namentlich ein von Hugo mit Vorliebe citirter Schriftsteller[1]) von keinem Völkerrechte, sondern nur von einer Völkermoral hat wissen wollen. Wirklich hat man aus ähnlichen Gründen schon oft dem natürlichen Rechte alle Begriffsrealität abgestritten[2]) und auf der anderen Seite die sogenannte historische Schule der Jurisprudenz, weil sie die zufällige Form des Rechtes zu stark hervorzuheben schien, eines unvermeidlichen Fatalismus beschuldigt, von dem uns zu befreien doch die Absicht ihrer würdigsten Lehrer und Schüler war. Auch die Kantianer haben zu der Verwirrung das Ihrige beigetragen, indem sie bei ihrer scharfen Trennung der theoretischen und practischen Vernunft sich oft so aussprachen, als sei das Freie im Menschen gar kein Gegenstand einer möglichen Erfahrung, ein Satz, dem schon die Thatsache entgegensteht, daß die dasselbe auszeichnende Fehlbarkeit und Perfectibilität als historische Wahrheit in die Beobachtung und mit der nicht blos numerischen, sondern stets auch specifischen Verschiedenheit ihres Subjectes mehr als bei bloßen Naturwesen, die wenigstens auf dem Markte gleich gelten, in die Wahrnehmung fällt, schon in der Physiognomie und Gestalt, und welcher buchstäblich verstanden, unerklärt lassen würde, wie es dann kommt, daß jedermann in seinem Nebenmenschen seines Gleichen erkennt, wovon endlich die gesammte Jurisprudenz eine practische Widerlegung bildet, worüber dem Meister selbst in seinen metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre, als er sich die Frage vorlegte, wie in ihr synthetische Erkenntnisse a priori möglich seien[3]), ein Licht aufging, welches nur bedauern läßt, daß seine Greisenhand in einem ihm zu fremden Fache sich mit dieser Forschung zu spät beschäftigte, wodurch vielleicht auch seine Religionslehre durch Erweiterung der moralischen Welt in eine civitas dei an Lebendigkeit gewonnen hätte.

In der That ist der ganze Widerstreit nur scheinbar, und die Auflösung desselben wird nahe gelegt dadurch, daß wir das empirische Element unseres Begriffes nur nicht auf das Körperliche, Dynamische und Mechanische beschränken dürfen, von dem gerade nicht selten abstrahirt werden muß. Schon die Erkenntniß der Natur, als eines von lauter Leben durchdrungenen organischen Ganzen, welche uns im Einzelnen, namentlich in den Bestandtheilen der thierischen Körper nicht selten Zweck-

1) Flatt, vermischte Versuche (1785), S. 5. Ideen zur Revision des Naturrechtes.

2) Schon Carneades lehrte: iura sibi homines utilitate sanxisse varia pro moribus et apud eosdem pro tempore saepe mutata, ius autem naturale esse nullum.

3) S. 66, 67, 72, 100, 101. Er wußte das Problem nur durch folgenden Gegensatz zu lösen, welcher alle Aufmerksamkeit verdient. „Einem theoretischen Grundsatze gemäß müßte dem Begriffe eine Anschauung a priori unterlegt, mithin etwas zu dem Begriffe des Gegenstandes hinzugethan werden. Allein in diesem practischen Gebrauche werde umgekehrt verfahren und die empirischen Bedingungen der Anschauung (des Raumes und der Zeit) müssen weggeschafft oder von ihnen abgesehen werden." Allerdings ist das Freie gerade das, was nur mit Abstraction von Zeit und Ort begriffen wird, oder seine eigene Zeit und Ortsbestimmung mit auf die Welt bringt.

aufdringt, bevor wir ihren Mechanismus zu erklären im Stande sind, widerstrebt dieser Einseitigkeit. Das Psychische läßt sich von den wirklichen Dingen gar nicht scheiden (totamque diffusa per artus mens agitat molem et magno se corpore miscet. Virg.). Gesetzt aber eine solche Scheidung wäre geboten, so sind wir ja selbst, mit unseren heiligsten Interessen so wirklich als die Elemente der Körperwelt, und das Geschehene lebt auch ohne körperliche Spuren durch das Gedächtniß in den Gemüthern der Menschen fort durch seine Vorstellung und die damit verbundenen Empfindungen von Sympathie und Antipathie von Freude oder Betrübniß, von Hoffnung oder Furcht. Vielmehr liegt der eigenthümliche Beruf der **Geschichte** gerade darin, das zur Anschauung zu bringen, was nicht mehr ist (das Hegelische absolute Sein, welches gleich ist dem absoluten Nichtsein), so daß die von Cicero und dem auctor ad Herennium gegebene Definition: historia est res gesta, sed ab aetatis nostrae memoria remota, sich recht gut rechtfertigen läßt. Der ihr angewiesene Stoff bringt es mit sich, daß sie nicht blos kritisch, sondern auch pragmatisch sein soll und daß ihre Wahrheit allen Werth verliert, wenn sie nicht zugleich interessirt. Sie sucht nicht, wie die vom Engel am Grabe des Auferstandenen zurechtgewiesenen Jünger, den Lebendigen unter den Todten, wohl aber neben dem Beharrlichen im Lebendigen, welches jedes successiv auftretende Wesen in seiner Art und Wahrheit zeigt, wie gesagt, jene Zweckmäßigkeit, welche nicht blos blinden Trieben, sondern selbstgewählten Zwecken dient, und bei ihrer Zufälligkeit jeder Bedeutung und Regel entbehren würde, ohne eine höhere Ordnung der Dinge, in der wir sie ihrer Freiheit unbeschadet in jener anderen Natur, welche sich der Mensch durch Ueberlegung, Gewohnheit und Erziehung zu geben vermag, durch eine göttliche Providenz zu einem festen Ziele hingeleitet denken dürfen, deren sichtbarster Finger die durch eine objectiv gewordene Menschenvernunft erschaffene Ordnung des Rechtes, insbesondere im Extreme ihrer unwillkürlichen Ausbildung als Staat und Kirche ist.

Das empirische und rationelle Element gehören also zu der Integrität einer jeden Handlung, aus dem einfachen Grunde, weil Intelligenz und Freiheit zum Dasein des Menschen gehören. Man darf sagen, daß der Mensch, als solcher, gar keine Natur hat, die er sich nicht durch Thun oder Leiden selbst gegeben, daß wenigstens das, was den Menschen von anderen lebenden Wesen unterscheidet und sich in jeder Handlung abspiegelt, gerade jene andere Natur ist, welche er durch Ueberlegung und Gewohnheit, durch Erziehung und Lebensart, durch bürgerliche und religiöse Verhältnisse, auf die Gesammtheit seiner Erscheinung, sogar auf seine äußere Gestalt und physische Constitution von größerem Einflusse, als die Verschiedenheit der Raçe und des Climas sich anzueignen vermocht hat. Gleichwohl muß der nur stufenweise zur Erkenntniß gelangende Verstand beide Elemente sondern, und eine jede dieser abgesonderten Betrachtungsweisen ist nicht nur unerläßlich, sondern auch, sofern sich jede in ihren Grenzen hält, innerhalb welcher sie sich nicht verneinen, unschädlich, ja sich wechselseitig unterstützend und Licht gebend.

Die empirische Betrachtungsweise ist nothwendig aus dem doppelten

Grunde, einmal, weil der Mensch als wirkendes Wesen, mag er nun ein Wirken nach mechanischen oder psychologischen Gesetzen vorhaben, von einem Causalitätsgesetze abhängig bleibt, das sich nicht an den Grad seiner subjectiven Intelligenz oder Berechnung kehrt, dann aber weil das Freie im Menschen, erst post factum erkennbar, uns unbegreiflich bleibt, so lange es nicht durch ihn zur Thatsache und in ihm zur Natur geworden ist, und weil diese andere Natur selbst die Gestalt einer Thatsache angenommen hat. Sie vergewissert 1) in jeder gegebenen Handlung das in ihr liegende Thunliche oder Unthunliche, welches nur die Erfahrung an die Hand gibt, oder die Ausführbarkeit ihres Zweckes durch die gewählte Begehungsart und die angewendeten Mittel mit Rücksicht auf den Gegenstand, woran eine Veränderung hervorgebracht werden soll. Durch diese Function ist sie von Erheblichkeit in der Lehre vom Thatbestande des Verbrechens, vom Versuche und vom Irrthume, welche unter besonderen Artikeln zu behandeln sind. Uebrigens entscheidet sie nur die Beweisfrage über Vorhandensein oder Mangel des Causalzusammenhanges zwischen der Handlung und ihrem activen und passiven Objecte, wozu, wenn dazu die gemeine Erfahrung nicht ausreicht, der Arzt oder ein anderer Sachverständiger nothwendig wird. Die Folgen, welche diesem Mangel beizulegen, hängen schon von dem rationellen oder rechtlichen Charakter der Handlung ab. So wird durch ihn bei einem Verbrechen, zu dessen Begriff ein bestimmter Erfolg gehört, die Strafbarkeit blos zu einem Versuche herabgestuft, während bei der Fälschung und Injurie er in der Strafbarkeit einen geringen Unterschied macht, und bei dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit die Nöthigung wenigstens angefangen sein muß, ohne daß der Verbrecher seinen Zweck erreicht zu haben braucht. Dagegen ist ein Handel über ein unmögliches Factum oder ein Object, das zur Zeit des Abschlusses nicht mehr existirte, namentlich über ein abgebranntes Haus, ungiltig, so gut, wie nicht geschehen, und wiederum muß derjenige, welcher sich eines Geschäftes als Erbe angenommen hat, ohne zu wissen, daß es ihn selbst anging, sich diese Handlung trotz dieses Irrthums als eine pro herede gestio anrechnen lassen. Eine der wichtigsten hierher gehörigen Streitfragen, worüber die angesehensten Rechtsgelehrten nicht haben einig werden können, ist die, ob derjenige, welcher aus Irrthum ein untaugliches Mittel gebraucht hat, während er ein taugliches anzuwenden glaubte, oder bei dem leidenden Subjecte oder Objecte seines Verbrechens Eigenschaften vorausgesetzt hat, ohne welche das Verbrechen gar nicht begangen werden konnte, sich eines strafbaren Versuches dieses Verbrechens schuldig mache. Wir glauben sie nur unter der Bedingung bejahen zu können, daß der Irrthum auf einer Verwechselung mit einem reellen Mittel oder Objecte beruht, weil die bei Rechtsbegriffen gebotene Abstraction von empirischen Bedingungen keinen über eine reelle Möglichkeit hinausgehenden Schluß erlaubt. Wer also Arsenik gekauft zu haben glaubte, während ihm von einem Provisor, der ihm das Geld dafür abnahm, Zucker untergeschoben worden ist, oder wer ein geladenes Gewehr abzudrücken glaubte, welches ein anderer, ohne daß er es wußte, mit einem ungeladenen vertauscht hat, begeht unstreitig so gut einen Gift-

mord oder Tödtungsversuch, als derjenige, welcher seinen Feind im Schlafe zu erdolchen glaubte, während dieser kurz vorher in seinem Bette eines natürlichen Todes gestorben war, einen attentirten Meuchelmord. Dagegen würde ich Anstand nehmen, einen Einfältigen, welcher weiß, daß er Zucker hat und sich überreden ließ, daß ein gewisses Quantum davon einen Menschen so gut wie Gift umbringen könne, oder denjenigen, welcher in seinem Affecte mit einer leichten, als Waffe gar nicht zu gebrauchenden Gerte ausgeht, jemanden todt zu schlagen, oder ein Gewehr, von dem er wußte, daß es nicht mehr geladen sei, in einer leidenschaftlichen Aufwallung, in der er nicht recht weiß, was er thut, auf Gerathewohl, sei es auch in dem desperaten Gedanken, daß ein deus ex machina ins Spiel treten möchte, ergreift, anlegt und abdrückt, auf gleichen Fuß zu beurtheilen. Wenn es bei diesen Leuten schon nicht an der inneren Bösartigkeit fehlt, so zeigt sich doch äußerlich nur die Pantomime des Verbrechens. Ueber abergläubische Mittel, wie Beschwörungen, Zauber oder sympathetische Künste wird wohl nicht mehr gestritten werden. Der Wille gestaltet sich hier als Wunsch, der seine Erfüllung nicht durch uns, sondern vom Zufalle erwartet.

2) Die zweite Aufgabe der empirischen Betrachtung ist die, in der stets fortlaufenden und in dieser gebundenen Sinnenwelt stets ineinandergreifenden Kette von Ursachen und Wirkungen das durch ein menschliches Thun Geschehene genau zu fixiren; durch Absonderung der mittelbaren Folgen von den unmittelbaren, oder durch Beantwortung der Frage, in wie weit in der Handlung die zureichende Ursache eines Erfolges liegt, und was davon auf die Mitwirkung anderer außer ihr gelegener Ursachen kommt. Hierauf bezieht sich der in unseren Pandekten so häufig hervorgehobene Unterschied zwischen damnum dare und causam et occasionem damni praestare, und die subtile Frage, in wie weit jemand durch Unterlassungen Urheber eines Erfolges wird, der Unterschied des facere von dem ope et consilio fieri, von der Schule physische und intellectuelle Urheberschaft genannt, wovon wir unter dem Artikel culpa ausführlicher gesprochen haben. Vergleichen wir die daselbst vorgetragenen Grundsätze, so wird es einleuchten, wie erheblich das Resultat auch dieser Aufgabe und Sonderung ist, wozu ebenfalls, wo die gemeine Erfahrung nicht zureicht, ein Kennerauge nöthig sein kann. Sie ist es jedoch nicht nur für die eben berührten Fragen, sondern, da sich das Freie erst durch die That und in der That bewähren kann, für den Beweis der letzteren und als Basis der alternativen Zurechnung zum dolus oder zur culpa.

3) Die letzte und bedenklichste Aufgabe ist die natürliche (psychologische und anthropologische) Erklärung der That aus allgemein menschlichen Motiven, welche Zeit und Umstände, oder der besondere Charakter und das Naturell des Handelnden suppeditiren. Die andere Natur des Menschen hat zwar die Gleichförmigkeit nicht, welche uns die Naturgeschichte der Thiere darbietet, in welcher das genaue Studium einzelner Exemplare einer gewissen Art einen sicheren Schluß auf die übrigen durch Induction gewährt und sie gewissermaßen anticipirt. Zu dieser Fertigkeit bringen wir es in der Menschenkenntniß nicht, wo vielmehr bei jedem Einzelnen ein neues Stu-

Grunde, einmal, weil der Mensch als wirkendes Wesen, mag er nun ein Wirken nach mechanischen oder psychologischen Gesetzen vorhaben, von einem Causalitätsgesetze abhängig bleibt, das sich nicht an den Grad seiner subjectiven Intelligenz oder Berechnung kehrt, dann aber weil das Freie im Menschen, erst post factum erkennbar, uns unbegreiflich bleibt, so lange es nicht durch ihn zur Thatsache und in ihm zur Natur geworden ist, und weil diese andere Natur selbst die Gestalt einer Thatsache angenommen hat. Sie vergewissert 1) in jeder gegebenen Handlung das in ihr liegende Thunliche oder Unthunliche, welches nur die Erfahrung an die Hand gibt, oder die Ausführbarkeit ihres Zweckes durch die gewählte Begehungsart und die angewendeten Mittel mit Rücksicht auf den Gegenstand, woran eine Veränderung hervorgebracht werden soll. Durch diese Function ist sie von Erheblichkeit in der Lehre vom Thatbestande des Verbrechens, vom Versuche und vom Irrthume, welche unter besonderen Artikeln zu behandeln sind. Uebrigens entscheidet sie nur die Beweisfrage über Vorhandensein oder Mangel des Causalzusammenhanges zwischen der Handlung und ihrem activen und passiven Objecte, wozu, wenn dazu die gemeine Erfahrung nicht ausreicht, der Arzt oder ein anderer Sachverständiger nothwendig wird. Die Folgen, welche diesem Mangel beizulegen, hängen schon von dem rationellen oder rechtlichen Charakter der Handlung ab. So wird durch ihn bei einem Verbrechen, zu dessen Begriff ein bestimmter Erfolg gehört, die Strafbarkeit blos zu einem Versuche herabgestuft, während bei der Fälschung und Injurie er in der Strafbarkeit einen geringen Unterschied macht, und bei dem Verbrechen der Gewaltthätigkeit die Nöthigung wenigstens angefangen sein muß, ohne daß der Verbrecher seinen Zweck erreicht zu haben braucht. Dagegen ist ein Handel über ein unmögliches Factum oder ein Object, das zur Zeit des Abschlusses nicht mehr existirte, namentlich über ein abgebranntes Haus, ungiltig, so gut, wie nicht geschehen, und wiederum muß derjenige, welcher sich eines Geschäftes als Erbe angenommen hat, ohne zu wissen, daß es ihn selbst anging, sich diese Handlung trotz dieses Irrthums als eine pro herede gestio anrechnen lassen. Eine der wichtigsten hierher gehörigen Streitfragen, worüber die angesehensten Rechtsgelehrten nicht haben einig werden können, ist die, ob derjenige, welcher aus Irrthum ein untaugliches Mittel gebraucht hat, während er ein taugliches anzuwenden glaubte, oder bei dem leidenden Subjecte oder Objecte seines Verbrechens Eigenschaften vorausgesetzt hat, ohne welche das Verbrechen gar nicht begangen werden konnte, sich eines strafbaren Versuches dieses Verbrechens schuldig mache. Wir glauben sie nur unter der Bedingung bejahen zu können, daß der Irrthum auf einer Verwechselung mit einem reellen Mittel oder Objecte beruht, weil die bei Rechtsbegriffen gebotene Abstraction von empirischen Bedingungen keinen über eine reelle Möglichkeit hinausgehenden Schluß erlaubt. Wer also Arsenik gekauft zu haben glaubte, während ihm von einem Provisor, der ihm das Geld dafür abnahm, Zucker untergeschoben worden ist, oder wer ein geladenes Gewehr abzudrücken glaubte, welches ein anderer, ohne daß er es wußte, mit einem ungeladenen vertauscht hat, begeht unstreitig so gut einen Gift-

mord oder Tödtungsversuch, als derjenige, welcher seinen Feind im Schlafe zu erdolchen glaubte, während dieser kurz vorher in seinem Bette eines natürlichen Todes gestorben war, einen attentirten Meuchelmord. Dagegen würde ich Anstand nehmen, einen Einfältigen, welcher weiß, daß er Zucker hat und sich überreden ließ, daß ein gewisses Quantum davon einen Menschen so gut wie Gift umbringen könne, oder denjenigen, welcher in seinem Affecte mit einer leichten, als Waffe gar nicht zu gebrauchenden Gerte ausgeht, jemanden todt zu schlagen, oder ein Gewehr, von dem er wußte, daß es nicht mehr geladen sei, in einer leidenschaftlichen Aufwallung, in der er nicht recht weiß, was er thut, auf Gerathewohl, sei es auch in dem desperaten Gedanken, daß ein deus ex machina ins Spiel treten möchte, ergreift, anlegt und abdrückt, auf gleichen Fuß zu beurtheilen. Wenn es bei diesen Leuten schon nicht an der inneren Bösartigkeit fehlt, so zeigt sich doch äußerlich nur die Pantomime des Verbrechens. Ueber abergläubische Mittel, wie Beschwörungen, Zauber oder sympathetische Künste wird wohl nicht mehr gestritten werden. Der Wille gestaltet sich hier als Wunsch, der seine Erfüllung nicht durch uns, sondern vom Zufalle erwartet.

2) Die zweite Aufgabe der empirischen Betrachtung ist die, in der stets fortlaufenden und in dieser gebundenen Sinnenwelt stets ineinandergreifenden Kette von Ursachen und Wirkungen das durch ein menschliches Thun Geschehene genau zu fixiren; durch Absonderung der mittelbaren Folgen von den unmittelbaren, oder durch Beantwortung der Frage, in wie weit in der Handlung die zureichende Ursache eines Erfolges liegt, und was davon auf die Mitwirkung anderer außer ihr gelegener Ursachen kommt. Hierauf bezieht sich der in unseren Pandekten so häufig hervorgehobene Unterschied zwischen damnum dare und causam et occasionem damni praestare, und die subtile Frage, in wie weit jemand durch Unterlassungen Urheber eines Erfolges wird, der Unterschied des facere von dem ope et consilio fieri, von der Schule physische und intellectuelle Urheberschaft genannt, wovon wir unter dem Artikel culpa ausführlicher gesprochen haben. Vergleichen wir die daselbst vorgetragenen Grundsätze, so wird es einleuchten, wie erheblich das Resultat auch dieser Aufgabe und Sonderung ist, wozu ebenfalls, wo die gemeine Erfahrung nicht zureicht, ein Kennerauge nöthig sein kann. Sie ist es jedoch nicht nur für die eben berührten Fragen, sondern, da sich das Freie erst durch die That und in der That bewähren kann, für den Beweis der letzteren und als Basis der alternativen Zurechnung zum dolus oder zur culpa.

3) Die letzte und bedenklichste Aufgabe ist die natürliche (psychologische und anthropologische) Erklärung der That aus allgemein menschlichen Motiven, welche Zeit und Umstände, oder der besondere Charakter und das Naturell des Handelnden suppeditiren. Die andere Natur des Menschen hat zwar die Gleichförmigkeit nicht, welche uns die Naturgeschichte der Thiere darbietet, in welcher das genaue Studium einzelner Exemplare einer gewissen Art einen sicheren Schluß auf die übrigen durch Induction gewährt und sie gewissermaßen anticipirt. Zu dieser Fertigkeit bringen wir es in der Menschenkenntniß nicht, wo vielmehr bei jedem Einzelnen ein neues Stu-

dium seiner Eigenheit und Gewohnheit beginnt. Eine concrete Zeichnung, welche alle Menschen als Nummern ohne charakteristische Verschiedenheit zu behandeln versuchte, würde mißlingen. Dafür aber bringt jedem schon sein Selbstbewußtsein ein abgezogenes Bild der Menschlichkeit auf, welches die Erfahrung des Umganges und practischen Lebens unter dem mannigfaltigsten Farbenwechsel erprobt und wovon sich die Wissenschaft zum Gebrauch für den Staatsmann, Redner und Sittenlehrer ein Schema entwirft, wie es auch in dem Prototyp des bonus et diligens paterfamilias geschieht, das zwar in der darauf gebauten Erwartung künftiger Handlungen von Völkern und Individuen sogar in Verbindung mit ihrem besonderen Charakter so leicht betrügen kann, als die Wetter- und politischen Prophezeiungen, desto sicherer aber in der Beurtheilung geschehener Handlungen leitet. Ehrsucht, Geiz, Rachbegierde, Selbstliebe, Eitelkeit, Freundschaft, Großmuth, Liebe und Eifer für das gemeine Beste, diese in verschiedenen Graden gemischten und durch die Gesellschaft verbreiteten Leidenschaften sind, vom Weltanfange an, die Quellen aller Handlungen und Unternehmungen gewesen, die man je unter den Menschen wahrgenommen, und sie sind es noch stets. Läßt sich nun eine gegebene Handlung aus solchen bekannten Motiven des gewöhnlichen Schlages erklären oder auf dieselben schließen, so wird dieses die Bekenntnisse oder Zeugnisse, worauf wir den Beweis der That gründen, in der religio iudicantis sehr unterstützen. Die Unerfindlichkeit solcher Motive, welche aus jenem allgemeinen Bilde oder aus dem besonderen Charakter des Handelnden durch sein früheres Prädicat geschöpft wird, hebt zwar das Geschehene, den hergestellten Beweis der That nicht auf, und sogar in Beziehung auf Zurechnung wird der Freiheitsbegriff darin practisch bewährt, daß ein ausgearteter Geschmack auch einer beispiellosen nefanda libido Reiz zu verleihen im Stande ist[4]). Indessen liegt in der mangelnden causa facinoris bei unvollkommenem Beweise unstreitig ein Gegenindicium, das durch stärkere Ueberzeugungsgründe aufgewogen sein will, und es gibt Extreme, in welchen mit der causa facinoris die jeder Handlung einverleibte und dazu wesentliche Menschenkraft aus der äußeren Erscheinung so völlig verschwindet, daß wir jede Spontaneität des Erkennens und Wollens ausgeschlossen fühlen, weil bei offenbarem Widerstreben gegen sittliche Nothwendigkeit der Vernunftgebrauch sich nicht einmal egoistisch in Beobachtung der Regeln der Geschicklichkeit und Klugheit bewährt[5]). Solche ex re

---

4) Am auffallendsten kommt dieses bei der widernatürlichen Befriedigung des Geschlechtstriebes vor. Vielleicht seit die Welt steht, ist keiner darauf verfallen, Mädchen zu gewinnen, sich eine Ader schlagen zu lassen, um durch das springende Blut seine Geschlechtstheile zu kitzeln und zu einer Ergießung zu reizen, wie es vor einiger Zeit die öffentlichen Blätter von einem Wüstlinge berichteten. Diejenigen, welche den Satz: nulla poena sine lege, zu buchstäblich deuten, werden sogar darüber streiten, ob hier eine strafbare widernatürliche Unzucht vorliege.

5) Dieß ist dasjenige, was Brandis (über psychische Heilmittel u. s. w., Kopenhagen 1818) Tendenz zur Zweckmäßigkeit nennt. Die Richtung nach einem selbstgesetzten Ziele, das der Handelnde für ein Gut anerkannte, geht

hervorgehende Fälle der Raserei und des Irrseins sind gerade diejenigen, welche zugleich die Unzurechnungsfähigkeit des handelnden Subjectes am unzweideutigsten darthun. Sie fallen schon dem Manne von gemeiner Erfahrung und blos gesundem Verstande auf, und bedürfen einer Bestätigung durch sachverständiges Urtheil nur in der Beziehung, weil die dabei, als Teutelei einer usurpirten Narrenfreiheit, zuweilen unterlaufende Verstellung bei der Wichtigkeit des Gegenstandes sowohl für die allgemeine Sicherheit, als für den Handelnden selbst eine genaue und sorgfältige Exploration empfiehlt, und weil die gleichen Erscheinungen auch durch solche blos vorübergehende Ursachen des höchsten Grades von Affect und Trunkenheit hervorgebracht und damit verwechselt werden, welche in der Regel als selbstverschuldete Zustände in die Zurechnung fallen und für die Folgen verantwortlich machen. Wären solche von dem Thatbestande unzertrennliche Fälle des Irrseins die einzigen, so würde Meckel Recht haben, daß der Richter sie präjudiciell entscheidet, und der Arzt sie bloß bestätigt [6]). Allein man kann nicht umgekehrt sagen, daß durch zweckmäßiges Wirken die Zurechnungsfähigkeit schon gesetzt sei, da die Erfahrung lehrt, daß die Geisteskranken im tiefsten Wahnsinne oft eine ungemeine Hinterlist und Verschlagenheit, durch ihr Geheimthun eine gewisse Anerkennung von Sitte und Gesetz, und auch nach der That Spuren von Reue zeigen. Dadurch entstehen Wirkungen, in welchen genug Sinn und Zweckbeziehung liegt, um sie für Handlungen nehmen zu können, und die doch durch den Unverstand und die Seltsamkeit der

---

aus jeder Handlung hervor und macht das Handeln aus. Darum kehrt man bei vorübergehender Unfreiheit, namentlich bei der Betrunkenheit, den Satz auch um und sagt richtig, so lange noch Handlungsfähigkeit bei ihm vorhanden war, dauert auch die Zurechnungsfähigkeit fort. Dieß würde jedoch zu enge gefaßt, wollte man daraus die Folge ziehen, daß dem höchst Betrunkenen nur Unterlassungen nicht zugerechnet werden könnten, wie wenn er mit brennender Pfeife auf ein Strohlager niederfällt und dieses anzündet, oder auf ein Bett, und darin ein Kind erdrückt. Denn die höchste Betrunkenheit kann sich auch in Begehungshandlungen zeigen, wenn seine Wuth die Personen nicht mehr unterscheidet, wenn er als maniacus jeden ohne Unterschied beleidigt, wer ihm vorkommt, wie der sogleich anzuführende Schriftsteller ein Beispiel vor Augen hatte. Auch ein geringerer Grad von Trunkenheit wird den Milderungsgrund des Affectes zulassen, wo er einem Nüchternen nicht hingehen würde, oder einen Erfolg in bloße culpa verkehren, welcher dem Nüchternen zum dolus imputirt würde. **Ph. J. Heisler**, de iustis poenam mitigandi causis. (Hal. 1752.) p. 39. 40.

6) Einige Gegenstände der gerichtlichen Medicin, bearbeitet von **Albrecht Meckel** (Halle 1818, 1820), B. II, S. 29. Auch die P. G. O. Art. 150, 179, scheint unter Leuten, die der Jugend oder anderer Gebrechlichkeit halber ihr Sinn nit haben, diese Fälle zunächst ins Auge zu fassen, deutet aber sehr richtig das Allgemeine einer organischen Verbildung an. Es mag eine Zeit gegeben haben, wo man mit den sogleich zu berührenden Fällen der zweiten Art kurzen Prozeß gemacht hat, wenn ihnen nicht der Aberglaube, daß sie bezaubert oder vom Teufel besessen, zu Hilfe kam. Auch hat man Ursache, behutsam zu sein, da die abgesprochene Handlungsfähigkeit, welche connubium und commercium sperrt oder gar in eine Irrenanstalt unterbringt, leicht ein viel härteres Uebel ist, als die Strafe.

Beweggründe von der gemeinen Menschennatur so stark abweichen, daß wir sie ohne Beweis, nicht glauben und ist dieser Beweis unumstößlich, nur noch die Wahl haben, ihre Urheber entweder für moralische oder für organische Monstren oder Verbildungen zu erklären. Keine dieser Hypothesen ist ausgeschlossen. „Denn nichts so Arges (so wie auf der anderen Seite nichts so Großes und Heldenmüthiges, darf man diesen Worten Feuerbachs zusetzen) mag ersonnen werden, dessen eines Menschen Gemüth nicht fähig wäre, und was in dieser Art die Grenzen der dichtenden Einbildungskraft übersteigt, bleibt gleichwohl zuweilen noch hinter der Wirklichkeit zurück." Aber auch die organische Natur ist unberechenbarer Ausartungen, Störungen und Abweichungen empfänglich, welche, so wie sie die Kunst des Arztes und die regelmäßige Kraft gewisser Arzneimittel verspotten können, bei dem so unbegreiflichen, als wirklichen Zusammenhange zwischen Leib und Seele auch die schon in ihrer Entwickelung an Wachsthum und Geschlechtsreife gebundene und wiederum durch Anstrengungen auf ihr Organ zurückwirkende Herrschaft des Geistes afficiren. Dieser wechselseitige Einfluß, schon in der für Andere empfindlichen üblen Laune merklich, welche eine schlechte Witterung oder eine die Nerven angreifende Unpäßlichkeit erweckt, steigt bis zu Seelenstimmungen, wodurch gewisse Vorstellungen übermächtig und gewisse Triebe unwiderstehlich werden, so daß der Handelnde, wie das Thier, welches eben so wenig eine bloße cartesianische Maschine, uns nach Umständen seine Tücke und Listen genug fühlen läßt, als unfrei zu betrachten ist und keine Strafe, sondern nur die Reaction von Zucht und Einsperrung gestattet. Der Richter kann in einer so traurigen Alternative nur zweifeln [7]), und ein sehr richtiger Tact hat längst die Entscheidung dem Arzte zugewiesen, weil die zwar nur die Minderzahl der Seelenkrankheiten erzeugenden, sie aber gemeiniglich befördernden und jedenfalls unvermeidlich begleitenden physischen Abnormitäten im Körperbau, im Blicke, im Lächeln, im Pulse, am meisten freilich in den flüchtigen Erscheinungen der unsichtbaren Nerventhätigkeit, welche nur ein Kennerauge richtig zu beurtheilen vermag, die sicherste Ueberzeugung geben, woran es fehlt.

Wir haben die Betrachtungsweise, welche von einer Handlung bis auf die Motive des Handelnden zurückgeht, die letzte und bedenklichste der empirischen Functionen genannt. Eigentlich ist jede Handlung eine für sich bestehende, discrete Größe, deren Motive zunächst aus ihr selbst zu schöpfen sind. Läßt sie mehrfache Beweggründe zu, so dürfen wir zwar auf den Urheber, auf Zeit und Umstände, unter welchen er gehandelt, ja auf sein früheres Leben zurückgehen, aber nicht vergessen, daß

7) Hieraus beantwortet sich zugleich die schon oft aufgeworfene Pharisäerfrage von selbst: wenn der Arzt über die Frage der Unzurechnungsfähigkeit allein competent ist, wie kommt es, daß man ihn so selten fragt? — Haben wir allgemein menschliche, besonders solche Motive, wie wir sie von allen Verbrechern dieser Art gewohnt sind, so bedarf es dieser Auskunft gar nicht und unter hundert Fällen wird gewiß kaum einer die entwickelte Duplicität zeigen.

sein Individuelles unerforschlich bleibt, und nur insofern Werth und Bedeutung für uns hat, als wir ihm das abgezogene Bild der Menschlichkeit unterlegen, das durch diese Farben nur ausgemalt wird[8]). Selbst aber mit dieser Cautel wird die Betrachtung nur ausnahmsweise von Wichtigkeit bei unerlaubten Handlungen, welche eine peinliche Strafe nach sich ziehen, und außer der Beweisfrage auch da nur indirect, indem sie zufällige Schwierigkeiten erzeugt, welche nur durch sachverständige Wahrnehmungen und Beobachtungen aufgelöst werden können. Bei erlaubten und blos verbindlichen Handlungen bleiben die Motive zwar für die Beweisfrage der Absicht des Handelnden von Erheblichkeit, insofern im Zweifel die dem Verbundenen am wenigsten nachtheilige Alternative angenommen werden muß. Bestehen aber diese Handlungen in schriftlichen oder mündlichen Willenserklärungen, welche durch sich selbst gewiß sind, so kommt es in der Regel auf die Bewegursache nicht mehr an, und das Recht kann dieser nur einen sehr beschränkten Einfluß gestatten, weil es in der Natur des freien Willens liegt, daß er originelle Producte hervorbringt, welche von der erzeugenden Ursache nicht mehr abhängen, wie ja auch ein Gesetz seine Anwendung nicht verliert dadurch, daß die veranlassenden Umstände und Beweggründe wegfallen. So lange der unbewegliche Reichthum noch die Hauptsache war, die Anhänglichkeit an den eigenen Heerd und ans Familienleben nur einen geringen Verkehr zuließ, wobei eine sehr einfache Vorsicht und Sorge für zu verletzende Interessen Förmlichkeiten nöthig machte, um die verbindliche Zusage von bloßen Erwartungen zu unterscheiden, mußte dieses noch mit einer Strenge durchgeführt werden, welche diesen Förmlichkeiten eine wahre Zauberkraft beilegte. Es war ganz consequent, daß man, wie am Schachbret und im Kriege den Spruch: versehen, ist auch verspielt, anwendete und sogar der Einrede des Betruges keine Folge gab, nicht aus Sympathie mit dem letzteren, und als ob man ihn für einen Geniestreich gehalten hätte, sondern weil man ihn der einfachen Sitte weniger zutraute, und die Schwierigkeit des Beweises der Gewißheit des Mein und Dein Eintrag gethan hätte. Dieses hat sich nun freilich mit dem Gleichgewichte des beweglichen Reichthums und dem dadurch und durch den auswärtigen Handel mannigfaltiger und verwickelter hervorgetretenen Verkehr geändert, der neben dem Worte eine universelle Sprache durch Begriffe nothwendig gemacht hat, welche mit ihrem Gegenstande identisch sind, und wobei es also mehr auf den Sinn, als auf die Worte ankommt. Dadurch wird zwar auch hier die sogenannte Natur des Geschäftes, wie bei verbrecherischen Handlungen die allgemeine Menschennatur ein Erklärungsgrund, welcher den unvollkommenen Ausdruck des Willens berichtigt oder ergänzt und den zweideutigen bestimmt. Allein diese durch Sitte und Landesgebrauch fixirte Natur des Geschäftes gehört schon mehr zum Rechte, als zur Thatsache und verknüpft damit gewisse Folgen, ohne daß es darauf ankommt, ob der einzelne daran gedacht hat, oder nicht. Die

8) Welcker, die letzten Gründe u. s. w. S. 269.

alte Rechtsstrenge dauert also fort, nur unter freieren Formen, welche zwar jede Arglist ausschließen, dem bloßen Irrthum aber nur insoweit Folge geben; als dadurch ein Einverständniß mehrerer Personen, die zum Geschäfte gehören, verhindert wird, weil jeder an etwas Anderes denkt, oder auch ein solches Scheingeschäft zu Stande kommt, das als gegenstandslos gar nicht ausführbar ist. Es ist hier der Ort nicht, diese Regel und ihre Ausnahmen näher auszuführen.

Dieses sind nun die Momente des empirischen Elementes einer jeden Handlung oder dessen, was daran unseren Sinnen wahrnehmbar, vom Verstande nach dem Causalitätsgesetze buchstabirt wird, um es als Erfahrung lesen zu können. Sie sind alle dem Juristen wichtig als unerläßliche Bedingungen der Beweisfrage, und das, was wir in diese Betrachtungsweise gesondert haben, ist nichts anderes, als das, was die Schule als imputatio facti, stets der imputatio iuris entgegengesetzt hat. Bei aller Erheblichkeit bleibt ihr gleichwohl nur das bescheidene Verdienst, das Werkzeug, die Vorbereitung und die wesentliche Instruction des rationellen Elementes zu sein, welches, obgleich dadurch vor dem Ueberschwenglichen bewahrt, alle Kategorien, in der ersten als menschlicher Zweck, in der zweiten als menschliches Thun, in der dritten als Vernunftbild der menschlichen Natur, mit seiner Tendenz durchdringt, im Grunde lauter unmittelbare Vorstellungen von dem, was wir ursprünglich nur inne werden oder im Geiste sehen, indem wir uns an die Stelle des Handelnden versetzen, oder etwas, dessen Perception wir nicht fähig sind ohne Apperception.

Diese Unmittelbarkeit, auf die man das: Suchet, so werdet ihr finden, anwenden kann, macht sich uns bald fühlbar. Jeder Criminal- und Civilrechtsfall, dort Thatbestand, hier species facti genannt, geht von einem Totaleindrucke aus, der als anfanglos jeder Ueberlegung vorangeht, obgleich er nur durch Nachdenken entwickelt, sich in unserem Bewußtsein gestaltet, von der Idee eines Ganzen, das früher ist, als seine Theile, obgleich es nur in seinen Theilen, wenn ich mich so ausdrücken darf, als etwas, das Hände und Füße hat, sich offenbart. Der Auslegungsgrundsatz: incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, respondere vel iudicare, ist auch auf jede Handlung anwendbar, die ohne ein in sich abgeschlossenes, in seinen Theilen unzertrennliches, auf einmal entstandenes Ganze keine Handlung und keiner Werthschätzung fähig wäre.

Das Gemeinsame, worauf das rationelle Element einer jeden Handlung ankommt, beruht daher auf der Möglichkeit, dasjenige, was die empirische Betrachtungsweise sondert, und unterscheidet, in einer Einheit nach Vernunftbegriffen zusammenzufassen, und Kant hat darin richtig gesehen, daß dazu eine blos intelligibele Möglichkeit genügt, in welcher Raum und Zeit verschwinden oder vielmehr, weil die moralische Wirklichkeit ihre eigenen Raum- und Zeitbestimmungen mit auf die Welt bringt, eine transcendentale oder erweiterte Bedeutung bekommen, in welcher uns dasjenige, was der äußere Sinn als Ort und Zeit bezeichnen würde, nicht irre machen dürfen. Diese zur Zeit ihrer Erschei-

nung als Grille bemitleidete Behauptung hätte den Juristen am wenigsten befremdlich klingen sollen, da ihr gesunder Sinn in allen Fächern sich erprobt. Man denke nur an die Lehre von der Gegenwart oder Abwesenheit, je nachdem sie sich auf Usucapion oder auf Restitution bezieht, an die vom Domicilium, über Ort und Zeit des Verbrechens oder Vertrages, über die dem letzten beigefügten Zeitbestimmungen, über Erwerb und Fortdauer des Besitzes ꝛc.

Wir haben also nunmehr nach diesen Gemeinsamen die Functionen der rationellen Betrachtung in derselben Ordnung zu zergliedern, nach welchen wir die empirische auseinandergesetzt haben. Das in Einsfassen des Zweckes einer Handlung mit ihrer Causalität, bestehend in der unerläßlichen Indifferenziirung von beiden, beruht auf der Natur des menschlichen Willens, welcher sich von selbst zum bloßen Wunsche herabstimmt, so lange der Mensch noch um die Macht und die Mittel verlegen ist, dessen Wesen ferner eben in dem Bestreben, etwas außer sich zu setzen, besteht, das ohne eine vorausgehende oder begleitende Zusammensetzung von Innen, von unseren classischen Juristen consilium[9]) genannt, und im Teutschen durch Anschlag oder Plan zu übersetzen, nicht von statten geht, und der endlich, wenn er unbedingt gut ist, oder doch vor dem äußern Forum dafür gelten muß, weder für die Folgen verantwortlich macht, noch vor dem letzteren über seine Absichten zur Rechenschaft verpflichtet. Dadurch bekommt jede Handlung ihre Qualität und ihren Abschluß, als eine für sich bestehende Größe, deren Spielarten hauptsächlich durch die alte Schuldistinction zwischen finis proximus und finis intermedius zu lösen ist. Jede Handlung wird nach dem nächsten Zwecke bestimmt und benannt, ohne daß es auf den entfernten Zweck ankommt, den der Handelnde, ohne schon jetzt darauf hinzuwirken, sich vorbehält, je nachdem er mit dem ersten, selbstständig oder auf Abschlag verfolgten am Ziele sein wird, und den er, mag er ihm auch noch so sehr anliegen, selbst noch nicht für gegenwärtig und erreichbar ansieht. Dieser Regel steht aber die Beschränkung zur Seite, daß der schon jetzt als erreichbar gedachte und sich vorgesetzte Endzweck (finis ultimus) dem nächsten Zwecke gleich steht, sofern das sich nicht selbst belohnende Beginnen nur als ein mit einer operatio in distans verbundener und subordinirter Mittelzweck begriffen werden kann. Der nächste Zweck ist der einfachste Ausdruck des Indifferenzpunktes des Causalen und Finalen, welcher die homogenen Operationen sich stets ohne Schwierigkeit darbietet, und worin das continuum simultaneorum und successivorum sich concentrirt, welches jeder Handlung ihre eigene Benennung und neben dem Inbegriff ihrer Merkmale ihren Anfang und ihr Ende bestimmt. Der ihr gleichstehende Endzweck

---

9) Diese besonders für das Complott wichtige technische Bedeutung erklärt am besten Cicero, de invent. I. Consilium est aliquid faciendi aut non faciendi vere excogitata ratio. Damit wird ein tüchtiger, für die Ausführbarkeit gezeitigter Plan bezeichnet. Vgl. noch L. 53. u. 225. D. de verborum signif.

leistet denselben Dienst in einer complicirteren Gestalt bei heterogenen Operationen und solchen, die durch längere Pausen und Zwischenräume getrennt sind. Ob unter den letzteren Voraussetzungen dennoch Einheit vorhanden sei, läßt sich nur im concreten Falle nach den besonderen Umständen und den Regeln der Wahrscheinlichkeit beurtheilen. Deßwegen divergiren hier die Ansichten in der Anwendung nicht wenig, so sehr man über obige Principien im Grunde einverstanden ist. Ausgemacht ist, daß die Bemühung, die nöthigen Mittel und Werkzeuge zu erkundigen und sich zu verschaffen, um ein Vorhaben ausführen zu können, oder die dazu nöthigen Fertigkeiten zu lernen und üben, noch nicht als Anfang einer auf dieses Vorhaben gerichteten Handlung betrachtet werden kann, weil jeder erst mit dem erlangten Mittel dazu in den Stand gesetzt ist und das gegenwärtige Bewußtsein eines ausführbaren Vorsatzes erlangt. Eben so ausgemacht ist, daß wenn eine aufeinanderfolgende Reihe von Handlungen, mögen sie einzeln sich auch abgesondert denken lassen, in der Wirklichkeit ohne Unterbrechung durch einen festen und berechneten Plan zu einem Endzwecke zusammenhängt, so daß, wenn die eine geschehen, nicht erst noch überlegt werden soll, was weiter zu thun sei, diese zusammengesetzte Handlung nicht bis an das letzte Ziel gelangt zu sein braucht, um in dem durch dieses Ziel bestimmten Sinne[10]) als angefangen zu gelten, wie dann namentlich bei uns in Teutschland niemand daran zweifelt, daß der Dieb, der sich in ein Haus eingeschlichen oder in dasselbe eingestiegen oder eingebrochen ist, im Stehlen schon begriffen war, wenn er gleich noch nichts angerührt hat. Uebrigens muß man die Einheit einer ununterbrochenen Handlung wohl von der einer fortgesetzten unterscheiden. Bei der ersten sind die Pausen unwillkürlich, bei der anderen sind sie willkürlich. Der Dieb, der alle Garben von meinem Acker entwenden will und, weil dieses auf einmal nicht möglich, öfters wiederkehren muß, hat, wieder ertappt oder verjagt, nicht blos einen consummirten Diebstahl des Weggebrachten, sondern einen Versuch des Ganzen begangen. Dagegen der Hausdieb, der mir über die Casse geht, sich aber vornimmt, nur wenig zu stehlen, damit ich es nicht so geschwind gewahr werde, kann nicht auf denselben Fuß beurtheilt werden, mag er auch vorhaben, den Act so oft zu wiederholen, bis er die zu einem neuen Kleide nöthige Summe hat. Nur muß er sich, sind mehrere Entwendungen geschehen, ihre Zusammenrechnung gefallen lassen. Die Streitfragen über die Mittelstufen entspringen daraus, daß

---

10) So verliert im Diebstahl durch Einbruch der darin liegende Hausfriedensbruch seinen eigenen Namen und geht in die Haupthandlung auf. Auch derjenige, der eine geschickte Gelegenheit benutzt, in einer Mauer ein Loch zu machen, um es zum Stehlen benutzen zu können, muß sich einen qualificirten Diebstahl zurechnen lassen, wenn dieß nach der Hand wirklich geschieht. Ein Versuch kann ihm aber früher nicht zur Last gelegt werden, sondern eine bloße Beschädigung, wenn nicht ein schon fix und fertiger Plan auf die nächste Zukunft berechnet war, nicht, wenn dieser noch von einer weiteren ungewissen Gelegenheit, etwa einem gefüllten Speicher, abhing.

die Aufgabe, Willen und Causalität und Causalität und Willen zu identificiren, durch ihre Vielseitigkeit zu den verwickelten gehört. Wenn man schon den Besitz der sich verschafften Mittel hierher bezieht, so kann dieser freilich bei vorhandener oder leicht zu findender Gelegenheit äußerlich vollkommen in den Stand setzen, die Handlung im nächsten Augenblicke auszuführen. Es fragt sich jedoch zunächst um die Gewißheit, daß nur um des Verbrechens willen gehandelt wurde, was bei dem Anschaffen blos gelegenheitlicher und an sich unschuldiger Mittel, die auch zu anderen Zwecken dienen, schon zweifelhaft wird, weßhalb jeder z. B. den Ankauf eines einfachen Taschenmessers von dem Ankauf eines Stilets unterscheiden wird. Allein das verdächtigste Mittel macht an sich noch keinen schon vorgefaßten reifen Anschlag erkennbar, zu dem nichts weiter fehlte, um die Causalität zu vervollständigen, und der, ist er gar erst noch auszudenken, am auffallendsten eine neue Epoche eröffnet. Endlich aber würde es noch weiter darauf ankommen, ob die Opfer, die Anstrengungen oder die Keckheit dieser Anschaffung schon den Trieb und den Muth des Handelnden zur Ausführung in dem Grade bewähren, daß er ihm eben so gut zugetraut werden kann. Denn das ist gerade das Postulat der Indifferenziirung von Zweck und Causalität, daß das, was als volle und gegenwärtige Ursache zum Vollbringen genügt, auch geeignet sei, durch den darin liegenden Trieb zum Vollbringen fortzuziehen. Da diese hypothetische Gewißheit nur selten herzustellen ist, so wird die Anschaffung der Mittel in der Regel nach ihrem nächsten Zwecke als für sich bestehend zu beurtheilen sein und an ihrem erreichten Zielpunkte nicht als bloßer in das weitere Vorhaben aufgehender Mittelzweck aufgefaßt werden dürfen. Hiermit stimmt auch unser gemeines Recht überein. Wir finden z. B. die Bereitschaft dazu angeschaffter Waffen nirgends unter die Sicarier gestellt. Aber eben so wenig sind alle diejenigen ausgeschlossen, welche die geführten Waffen nicht schon erhoben haben, um damit zu schlagen, zu hauen oder stechen. Es genügt, daß man in der gehörigen Rüstung und Bereitschaft darauf ausgegangen sei, einen Menschen umzubringen, sei's nun, wie der Straßenräuber aus Raubsucht gegen jeden, der seine Beutelust anlockt, oder aus Rachbegier gegen ein Individuum, das man in einer Gegend, in welcher man es zu treffen gedachte, durch Auf- und Ablaufen aufgesucht oder dem man an einer Stelle, wo er nach der Erkundigung des Handelnden vorbeikommen sollte, aufgelauert hat, wie man noch am heutigen Tage den schon in der Wilderei begriffen annimmt, welcher mit geladenem Gewehr und dem nöthigen Schießbedarf versehen, in der Absicht zu erlegen, was ihm vorkommt, ein fremdes Jagdrevier betreten hat. Unbedingten Beifall verdient diese Hypothese bei vorbedachten und hinterlistigen Angriffen. Denn eine Tücke, welche so weit treibt, läßt auch bei der kommenden Gelegenheit, deren Reiz sich dadurch, daß sie eine aufgesuchte und berechnete war, verdoppelt, das Vollbringen erwarten. Sie zeigt also das consilium schon als verbrecherische Erscheinung, oder wie die Halsgerichtsordnung sich ausdrückt, als Wahrzeichen und Gestaltnuß des Uebels.

Bedenklicher wäre dagegen ihre Anwendung auf Ausbrüche des Affectes, der übrigens nicht auflauern, wohl aber auf- und ablaufen wird. Denn der Zornige, mag ihn auch die Einsamkeit des Ortes bergen, handelt nicht heimtückisch, provocirt eher seinen Gegner, als er es darauf anlegt, diesem zu keiner Gegenwehr Zeit zu lassen, und da die vorübergehende Aufwallung bald verraucht, so gehört die Gelegenheit und Gegenwart, welche ihm den electrischen Funken entlockt, zu den Attributen seines Handelns. Die blos scheinbare Abweichung von diesen leitenden Grundsätzen, nach welchen unser gemeines Recht die durch angeschaffte Gifte erwiesene Bereitschaft zum Vergiften (venenum habuerit) als Versuch bezeichnet, ist keine wahre, da sich leicht zeigen läßt, daß hier alle die Momente zutreffen müssen, deren Vereinigung nach der obigen Ausführung diese Vorbereitung als unzweideutigen Mittelzweck zur Haupthandlung gehörig darstellen. Sie sind es besonders darum nicht, weil die darauf am stärksten hinweisende Stelle in der L. 1. D. ad Legem Pompei de parr. und die auf diese Praxis anspielenden nicht juristischen Classiker [11]) in specie Hausgenossen vor Augen haben, die der Gelegenheit zum Beibringen des Giftes im voraus gewiß und dadurch von mehr als einer blos eingebildeten Gefährlichkeit sind, und weil dieses Verbrechen nicht zu den gewaltthätigen gehört, welche sich auf eine herzhafte Reaction gefaßt halten müssen, sondern, eben so hinterlistig und heimlich, wie die Vorbereitung auszuführen, zum Vollbringen keinen weiteren Muth und Antrieb erfordert, als die schon zur Genüge bethätigte schlechte Gesinnung, deren Ausbruch aus einem blos aufwallenden Affecte zu erklären ist. Ob es ein Gewinn für die Rechtspflege ist, daß unsere modernen Strafgesetzbücher diesen formellen Principien das materielle und greiflichere der angefangenen Haupthandlung des Verbrechens substituiren, muß die Zeit lehren. Verkennen läßt sich nicht, daß die unvermeidlich gewordenen Ausnahmsbestimmungen zu manchen Ungleichheiten führen, und daß auf der anderen Seite dabei nicht geringere Streitfragen entstehen. Nur den Vortheil muß man zugeben, daß dadurch viele vergebliche Untersuchungen abgeschnitten werden, in die besonders ungeschickte Inquirenten sich oft verirrt haben.

Wir haben den abstracten Satz, daß jede Handlung nach ihrer Qualität, Art oder Bedeutung durch den nächsten Zweck, oder durch einen diesem gleichstehenden Endzweck, wozu eine ununterbrochene Causalität durch den Willen schon angefangen hat, aus dem Criminalrecht erläutert, weil sie in diesem in der Lehre vom Thatbestande und vom Versuche von vorzüglicher practischer Wichtigkeit ist. Von geringerer ist sie im Civilrechte, weil hier die Handlung entweder Schaden gestiftet haben, oder zur Perfection gelangt sein muß, um im Rechtssinne, als geschehen und daher als verbindlich angesehen werden zu können. Doch ist auch hier der nächste Zweck nicht gleichgiltig für die Beurtheilung, ob sie als für sich bestehend, oder als Vorbereitung und Bestandtheil

11) Seneca in controvers. und Quintilian. Decl. 281.

eines Hauptgeschäftes anzunehmen sei, das mit der Giltigkeit oder Ungiltigkeit des letzteren steht oder fällt.

Hier ist nun der Ort, diese Zusammenstellung zu rechtfertigen. Jeder menschlichen Handlung ist das eigen, daß sie nach ihrem empirischen Elemente auf Andere *wirkt*, sei es nun physisch oder psychologisch, und daß sie nach ihrem rationellen Elemente *spricht*, oder eine durch Vernunft und Willensfreiheit bestimmte Intelligenz ausdrückt, welche sich nicht geben, sondern nur bezeichnen läßt, und daher nur gleichartigen Wesen verständlich ist. Dieses ist der Grund der obersten Eintheilung der Handlungen in *Handlungen* schlechthin und in *Willenserklärungen*, je nachdem das letztere unwillkürlich oder willkürlich geschieht, und das darin gegebene Wirkliche der Vergangenheit oder der Zukunft angehört. Die Folgen der einen werden vermittelst der *Imputation*, die Folgen der anderen vermittelst der *Interpretation* bestimmt, zwei im Princip genau verwandte Reactionen oder Nachwirkungen, welche der reflectirenden Urtheilskraft angehören[12]), bei der Mannigfaltigkeit des Stoffes, dem sie sich anzuschmiegen haben, keine positiv durchgreifende Vorschriften vertragen, und daher vom Gesetzgeber, welcher sie nicht als solcher, sondern nur als Autorität zu leiten vermag, mit geringerer Gefahr ihrer natürlichen Freiheit und der nie stillstehenden Wissenschaft überlassen, als dem Orthodoxismus irgend einer noch so glänzenden Tagestheorie unterworfen werden. Das höchste Ziel von beiden, insbesondere der sogenannten imputatio iuris und der sogenannten logischen Interpretation, ist, sich in jeder Handlung oder Erklärung jener ihr eigenthümlichen geistigen Einheit zu versichern, welche, weil nur der Verstand sie begreift, der Sinn aber rastlos zu entzweien scheint, sowohl wegen ihrer Flüchtigkeit, als wegen der unruhigen und strebsamen Atmosphäre, womit sie uns anzieht und zurückstößt, nur selten bequem zu fixiren ist, und dennoch als Thatsache fixirt sein will. Allein gerade in diesem Anspruche liegt die Vorbedingung der reflectirenden Urtheilskraft, welche gar kein Object hätte, wäre es nicht ein solches, das in seinen sinnlichen Daten zugleich mit einem der

---

12) Die reflectirende Urtheilskraft begreift das Allgemeine im Besonderen, wie die blos bestimmende oder subsumirende Urtheilskraft umgekehrt das Besondere aus dem Allgemeinen erkennt. Sie ist das Organ für das Freie und Geistige, sofern es als Wirkliches gegeben ist. Sie findet in dem Ueblichen das davon nicht zu scheidende Sittliche, in dem Zufälligen das Gesetz und in der Willkür das Recht. Sie widerlegt das Vorurtheil der blos speculirenden Philosophie, welche das Nothwendige und Allgemeingiltige nur a priori erkennen zu dürfen glaubt, während es a posteriori vor jeder Thüre liegt. Es ist eine alte Beobachtung, daß man ein gelungenes Porträt für getroffen erklärt, bevor man noch die Person gesehen, die es vorstellt. Ebenso geht es mit dem originellen Charakter eines guten Dichters, den vielleicht niemand im Leben jemals angetroffen und den doch jeder auf den ersten Anblick für durchaus wahr erkennt. Diese Wahrheit wird nicht erkannt durch den Vergleich mit der eigenen Erfahrung, sondern sie wird empfunden, wie das eigene Leben. Denn sie ist eben durch den lebendigen Odem, den der Genius seinen Geschöpfen einzuhauchen weiß.

sittlichen Welt angehörigen Schimmer, wie mit ihrer natürlichen Ausdünstung umgeben, nicht blos ein wirkliches Ding, sondern auch eine Erscheinung vorstellt. Sie setzt eine solche juristische Erscheinung voraus, welche nicht nur im allgemeinen die Wahrzeichen einer durch Vernunft und Freiheit bestimmten Intelligenz an sich trägt, sondern auch schon im Besonderen ein Vorurtheil erweckt, welches das dem anfanglosen Denken folgende Nachdenken bald bestätigen, bald berichtigen, bald widerlegen wird.

Es wird kaum des Beisatzes bedürfen, daß diese einzelnen Erscheinungen mit der großen und allbefassenden Erscheinung der Rechtsordnung und Rechtsgemeinschaft, an der wir alle participiren, in einer wesentlichen Beziehung steht, und daß das Studium des positiven Rechts, sofern es aus Volksbegriffen und wissenschaftlichen Resultaten hervorgegangen, diese Auffassung, welche ohne eine solche Vorübung kaum von statten gehen würde, sehr erleichtert und befördert. Da sie jedoch in jedem besonderen Falle, welcher so gut zum Gesetz passen muß, als das Gesetz zu ihm, originell reproducirt werden muß, so wäre, wollte man dieses von einer Allgemeinheit verstehen, welche zu ihrer Anwendung nur eines Actes der bestimmenden Urtheilskraft bedürfe, ein Irrthum, welcher auf den Abweg führen könnte, Alles über einen Leisten zu schlagen. Das Gesetz, als solches, gewährt eigentlich einen festen Anhaltepunkt nur durch den allein zu gebenden Effect menschlicher Handlungen, welcher durch sein Verbot verhütet, durch sein Gebot nothwendig gemacht oder durch sein Gutheißen bekräftigt oder durch sein Nichtgutheißen entkräftet werden soll.

Daß auch der den bloßen Indicienbeweis nicht ausschließende Sinnspruch der Rechtslehre: non esse et non apparere in iure unum idemque est, weit mehr auf die jene geistige Einheit ausprägende Erscheinung einer Handlung, als auf den sinnlich wahrnehmbaren Effect ankommt, das bestätigt die Strafrechtswissenschaft am auffallendsten in der schon mehr bewährten Lehre vom Versuche, wozu nach der treffenden Bezeichnung unserer Halsgerichtsordnung scheinliche Werke schon genügen, das ist solche, in denen der Verstand das Verbrechen schon in seiner vollen Ursache anticipirt, welche auch beim verübten Verbrechen indicia proxima der Urheberschaft bilden, und aus denen man den Muth und den Trieb zum Verbrechen um so gewisser schließen darf, da sich ohne Ernst niemand einem solchen bösen Schein ausgesetzt haben würde. So wenig man dem in Nothwehr Versetzten zumuthen kann, von dem ihn mit Waffen Ueberlaufenden den ersten Streich zu erwarten, so gewiß provocirt der Versuch unter solchen Voraussetzungen die Reaction durch Strafe, und es liegt in dem kategorischen Imperativ des Strafgesetzes, welches in dem consequens zugleich das antecedens umfaßt, daß ihn nach dem strengen Rechte, wie es bei den Römern Regel war, die volle Strafe treffen sollte, eine Strenge, welche dadurch mit der Billigkeit ausgesöhnt ist, daß man ihn nach dem germanischen Rechte zwar nicht straflos läßt, aber etwas milder bestraft.

Umgekehrt zeigt sich aber auch die Nothwendigkeit einer für sich

bestehenden verbrecherischen Erscheinung dadurch, daß der volle Effect, welcher in der Regel ein Verbrechen ausmacht, dadurch diese Bedeutung verliert, daß die besondere Handlung, welche ihn unmittelbar hervorbringt, sobald das objective Recht dieselbe in ihrer Integrität gutheißt oder gar gebietet, diese Bedeutung so sehr verliert, daß man sogar nach der in diesem Falle in einen juristisch bedeutungslosen Nebenzweck oder in einen effectlosen Gedanken verschwindende Absicht nicht mehr fragen darf. — Dieselbe Handlung kann zwar nicht zugleich von Rechtswegen verboten und zugleich von Rechtswegen erlaubt sein, wohl aber läßt es sich denken, daß einem allgemeinen Strafverbote durch ein specielles erlaubendes oder gebietendes Gesetz derogirt werde, und dann ist eine schlimme Absicht bei einer äußerlich erlaubten Handlung gar wohl denkbar, die bei einem anderen Substrate ein Verbrechen bilden würde. So erlaubt eine alte Dienstinstruction unseren Forstbedienten, auf einen fliehenden Wilderer Feuer zu geben, wenn er auf dreimaliges Anrufen nicht steht und sein Gewehr nicht wegwirft. Benutze nun auch ein Förster eine solche Unbettmäßigkeit zur Befriedigung seiner Rache an einem ihm verhaßten Amtsuntergebenen, sei er geständig, daß er ohne dieses Motiv nicht zu diesem Extreme geschritten wäre, so wird doch niemand behaupten, daß, hat er die Formalitäten richtig beobachtet, unter welchen ihm das Gesetz ein Recht über Leben und Tod einräumt, ihn die schlimme Absicht, obgleich eine an sich verwerfliche und leicht zu wahren Verbrechen führende Triebfeder, zum Verbrecher mache. Das Gleiche gilt von dem in den Stand der Nothwehr Versetzten, von dem Scharfrichter, der eine Execution vollzieht, bei der Ausübung des Züchtigungsrechtes, ja bei dem Ehemann, der seine Frau beschläft, in der Aussicht, das nächste Kindbett möge sie bei ihrer schwächlichen Constitution wegraffen. So sehr die Moral dergleichen in Rechtsgestalt auftretende Teufeleien verdammt, so gewiß diese Menschen vor Gott und ihrem Gewissen schon gerichtet sind, so müssen sie doch vor dem äußeren Forum straflos davon gehen, so lange sie Selbstbeherrschung genug haben, ihre rechtswidrige Gesinnung noch in die Sphäre ihres vollkommenen Rechtes zu bannen, was freilich, da die letztere leicht in selbstständig erscheinende Excesse ausartet [13]), schwer hält, aber doch bis zum Grade der juridischen Ununterscheidbarkeit möglich ist.

Dieses führt uns auf eine weitere Eintheilung der menschlichen Handlungen, welche aus ihrem Verhältnisse zum Gesetze oder objectiven Rechte hergenommen ist. Modestin sagt bekanntlich, legis virtus est, imperare, vetare, permittere et punire. Vor dem Gesetze zerfielen

---

13) So wäre der Förster unstreitig ein Mörder, wenn er den Amtsuntergebenen selbst oder durch Mittelspersonen angestiftet hätte, auf die Jagd zu gehen, um die Gelegenheit zu bekommen, seine Rache zu befriedigen. Denn da gehört die Diensthandlung zu einem außer der Instruction gelegenen Anfange, wodurch er sein Opfer in die Falle lockt, und bekommt einen anderen Sinn. Es geschieht daher in fraudem legis, wenn er sich mit gesetzlicher Erlaubniß entschuldigt.

also alle Handlungen in gebotene, verbotene, erlaubte oder strafbare. Das ohne Ansehen der Person von dem Interesse der Gesellschaft ausgehende imperare et vetare, oft nur im Ausdruck verschieden und mehr auf einen Unterschied der Handlungen[14]), als auf eine Kraft des Gesetzes sich beziehend, gehört jedoch zusammen und befaßt das, gleichviel ob in Begehungs- oder Unterlassungshandlungen, moralisch Nothwendige, damit Frieden und Treue im Lande wohnen, und kann eben sowohl eine kategorische, als hypothetische Nothwendigkeit sein, jenes im öffentlichen Rechte, dieses im Privatrechte, wo sie davon abhängt, ob der Berechtigte dieselbe wahrt oder für sich geltend macht. Durch den Zweifel, ob ein Erlaubnißgesetz nicht ein innerer Widerspruch sei, weil das, um was sich der Gesetzgeber oder das objective Recht nicht bekümmere, auch mit dem Gesetze in gar keine Berührung komme, hat sich der Jurist nicht irre machen zu lassen und dazu guten Grund gehabt. Denn wenn gleich das dem Gewissen überlassene, sofern es immanent bleibt, sich nicht als Handlung betrachten läßt, so sind doch Religion und Sittlichkeit, welche uns bis auf unsere Gedanken in Anspruch nehmen, sofern sie in die Erscheinung treten, für das objective Recht nichts weniger als gleichgiltig, da in dieser Welt gute Sitten mehr ausrichten, als gute Gesetze und eine schlimme Sitte die besten und weisesten Gesetze verspotten kann. Die Grenze, inwiefern sie gleichgiltig bleiben, ist daher schon schwer zu ziehen. Die Hauptsache aber ist, daß das Recht als ein Begriff von Schranken ein zu beschränkendes Subject voraussetzt, das eines Raumes gewiß sein will, dessen Zukunft es nach eigenem Gewissen und durch seine Privatautonomie mit einem durch die Rechtsordnung bekräftigten Erfolge ausfüllen darf. Diese Bekräftigung drückt gerade das lateinische Wort permittere aus, und daß das Erlaubte zur Integrität des Gesetzes gehört, erhellt auch daraus, daß, so wie sich das Gebot allezeit in ein Verbot übersetzen läßt, z. B. daß die Mutter nicht auf den Ball gehen soll, bevor sie ihren Säugling gestillt und für ihn gesorgt hat, so auch bei der jeder freien Handlung anklebenden Zufälligkeit, das Erlaubte als bedingt immer auch ein Verbot jeden Excesses einschließen wird, und gemeiniglich aus der Einschränkung einer Rechtsregel durch eine andere folgt. Die Strafe endlich ist im weitesten Sinne gemeint, da auch das schon Strafe ist, wenn der Handelnde sich vergeblich abgemüht hat, weil das Recht seine Handlung nichts gelten läßt, ihr keinen Erfolg gibt, oder diesen Erfolg vereitelt, oder er sich gefallen lassen muß, mit Gewalt zu seiner Schuldigkeit angehalten zu werden. Ihr Gattungsmerkmal verliert sich in ein Uebel, das auf eine gesetzwidrige oder gesetzwidrig begangene Handlung folgt, und mit dem Willen des Handelnden in einer Wechselbeziehung steht, worin sie gegenseitig als Ursache und Wirkung erscheinen, indem die zunächst von der Selbstbestimmung eines freien und vernünftigen Wesens erwartete Güte des Willens vor der That durch die

---

14) Qui non facit, quod facere debet, videtur facere adversus ea, quia non facit. Et qui facit, quod facere non debet, non videtur facere id, quod iussus est, sagt Paullus in der L. 121. de R. J.

Warnung des Gesetzes befördert werden, und dessen unerwartete Schlechtigkeit oder Schwäche nach der That eine proportionale Erwiederung erhalten soll, welche schon das Gefühl in der sogenannten poetischen Gerechtigkeit zugleich als eine von der letzteren geforderte Genugthuung für das nicht mehr ungeschehen zu machende ankündigt und hierin durch Vernunft und Erfahrung bestätigt wird, da sie an die Stelle einer ohne sie unausbleiblichen Privatrache und Vergeltung tritt, womit verglichen sie für den Verbrecher selbst als das geringere Uebel erscheint, weßhalb Möser guten Grund hatte, die Frage über die Rechtmäßigkeit der Todesstrafe in die umzukehren, wer gibt der Justiz das Recht, den Verbrecher beim Leben zu erhalten? Strafe im eigentlichen Sinne unterscheidet sich daher von einem bloßen Präjudiz dadurch, daß in dem letzteren der Gesetzgeber mehr präventiv, als repressiv und in der ersteren mehr repressiv, als präventiv wirkt. Das Präjudiz, dem man die meisten Ordnungs-, Polizei- und Finanzstrafen zugesellen kann, erscheint als eine auf Beugung des Ungehorsams berechnete wohlgemeinte Warnung, auf deren Wirksamkeit man nach einer Durchschnittsberechnung zählen darf, die aber für den, der sie nicht achtet, die alternative Verbindlichkeit nach sich zieht, daß er sich den Nachtheil gefallen lassen muß, wozu ihm ohne weitere Rücksicht die Wahl bleibt, weßhalb auch bei der Vertragsähnlichkeit des Verhältnisses dieser im Gesetz genau vorgemessen sein kann und eigentlich genau vorgemessen sein soll. Der Umstand, daß die Gewalt zur Anwendung solcher wahren psychologischen Zwangsmittel den das Recht vollziehenden Beamten und Obrigkeiten, da wo keine Realexecution oder absolute Gewalt möglich oder zweckmäßig ist, vertraut werden muß, macht hiervon keine Ausnahme. Denn diese treten dann an die Stelle des Gesetzes und müssen in der zur Bewirkung der Handlung nöthigen Steigerung vorher drohen, bevor sie zum Ernste schreiten. Daß dieselben auf geringere Uebel gewöhnlich beschränkt sind und daß deren Zufügung keine Ehrenschmälerung nach sich zieht, ist die einfache Folge davon, daß sie ohne Rücksicht auf sittlichen Abscheu blos auf die Wirkung berechnet und daher, wo diese erreichbar, nach dem Gesetze der Sparsamkeit anzuwenden sind. Nach Verlesung der Aufruhracte u. s. w., nach der man die Gefallenen ehrlich begraben läßt, gehen sie jedoch auch aufs Aeußerste. Die Strafe dagegen wird nicht angedroht, um sie im Uebertretungsfalle zufügen zu können, sondern sie wird angesagt, weil sie verdient ist, und richtet sich daher nicht blos nach einem zu verhütenden oder zu bewirkenden Effecte, sondern auch nach dem sittlichen Abscheu der That, wie der inneren Schlechtigkeit der Triebfeder, welche erst die concrete Handlung entwickelt, so daß genau bestimmte Legalstrafen nur in Extremen dem Bedürfnisse dieser gerechten Proportion entsprechen werden und unsere Strafgesetzbücher bei den meisten Verbrechen auf sehr weite Rahmen zurückgekommen sind.

Es liegt sehr nahe, daß diese Reaction gegen den Willen selbst, welche wir Strafe nennen, nur auf solche Handlungen anwendbar ist, welche der Handelnde für verboten oder anders geboten erkennen mußte, bevor er sie beging. Bei erlaubten Handlungen würde das objective Recht

mit sich selbst in Widerspruch gerathen, wollte es durch eine solche Rückwirkung bis auf ihre Wurzel dringen, da die Verheißung des Gesetzes ihnen mindestens eine unverfängliche Vergangenheit zugestehen muß, und die Tüchtigkeit und Energie des darin geäußerten Willens höchstens so weit in Betrachtung kommt, als sie es thunlich macht, ihnen auch in der dadurch bezweckten Zukunft eine zu befördernde Kraft und Wirksamkeit zuzugestehen. Auf die Güte und Schlechtigkeit der Triebfeder kommt dabei noch weniger an, da diese dem Effecte einer durch das objective Recht verheißenen Giltigkeit nichts entziehen kann, und selbst dann noch indifferent ist, wenn der durch das Gesetz Gewarnte die Art und Weise verabsäumte, wodurch er seiner Handlung eine solche Giltigkeit verschaffen konnte, weil er dann, obgleich gegen eine bedingte Nothwendigkeit, nur gegen sich selbst gehandelt hat. Anders bei einer im Interesse der Gesellschaft oder Anderer kategorisch verbotenen Handlung, der das Gesetz so wenig eine Zukunft, als eine Existenz und Vergangenheit zugesteht, wenn sie gleich factisch nicht mehr ungeschehen gemacht werden kann. Das punire im weiten Sinne des Modestin gehört zur Vollständigkeit eines jeden Gesetzes, das seinen Nachdruck verlieren würde, wenn der Gehorsam gegen seine Befehle vom guten Willen abhängig bliebe und dieser gute Wille dem nicht gemacht werden dürfte, der ihn nicht hat. Auch ist es, sofern es Zwangsmittel jeder Art einschließt, mit der Kraft des Gesetzes, die nur auf eine kommende Wirklichkeit gerichtet, nicht zurückwirken kann, in dieser Integrität so vollkommen vereinbar, daß sie schon aus dem Begriffe eines Gesetzes folgt. Dieser Gattungsbegriff reicht jedoch für die Strafe im eigentlichen Sinne nicht aus und durch sie bildet sich eine specifische Verschiedenheit unter den Gesetzen, die wir als Strafgesetze auszeichnen, so wie er der oben aufgestellten Eintheilung in Handlungen schlechthin und Willenserklärungen die dritte Species, die Verbrechen, zugesellt. Denn unverkennbar hängt die Gerechtigkeit einer Strafe nach dem bekannten: quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando [15]), von so vielen den moralischen Werth einer Handlung bestimmenden zufälligen Momenten ab, welche erst nach der That gewiß sind, daß schwer zu erklären ist, wie sie sich im Gesetze positiv vorausbestimmen lasse, ohne die Gerechtigkeit ihrer Wirksamkeit unterzuordnen und der Abscheu gegen die die Aufgabe nur in dieser Weise consequent lösende Abschreckungstheorie sogar im Vaterlande des Gesetzrigorismus einige geistreiche Engländer [16]) der neueren Zeit zu dem Paradoxon versucht hat, diese Aufgabe einer gesetzlichen Lösung ganz fallen und das Strafmaß durch eine Jury bestimmen zu lassen, was aber auf der anderen Seite in eine gleich unerträgliche Verbindung der Begnadigung mit dem Richteramte ausarten würde, gegen welche der Rechtssinn mit gleicher Entschiedenheit protestirt, besonders da es so weit führen könnte, gar kein Verbrechen zu erkennen, wo doch die verbrecherische Erscheinung vorliegt, und umgekehrt Verbrechen ohne diese Erscheinung. Man wird

15) Vgl. die L. 16. D. de poenis.
16) William Roscoe, Buxton und Craig.

also immer auf den Mittelweg zurückkommen, daß das Strafmaß durch das Zusammentreffen des Gesetzes mit der Eigenthümlichkeit des Falles bestimmt wird, wobei das dazu mitwirkende Richteramt nicht blos, wie es Feuerbach meinte, die Beweisfrage zu erledigen, sondern auch die Strafe nach dem Grade der Schuld selbstthätig zu ermäßigen hat, ein Tenor, der sich mit dem Basse des Gesetzes in ein Concert verschmilzt, dadurch, daß die Stimme des letzteren hier mehr die eines Propheten, als die eines Gebieters sein kann, daß der Gesetzgeber seine Schärfe weniger im Vormessen der Strafe, deren zu ängstliche Abstufung so leicht in eine mit dem Leben in Widerspruch gerathene Verkünstelung ausartet, als in der richtigen Zeichnung der Verbrechen zeigen muß, daß auch in diesem Punkte die Willkür desselben weit beschränkter, als die des Civilgesetzgebers ist, da er weniger auf politische Effecte, namentlich der der Erziehung zu überlassenden Bildung einer neuen Generation, ausgehen, als dem folgen soll, was die durch eine sichere Ueberlieferung jedem Mangel in der bloßen Bezeichnung nachhelfenden Volksbegriffe schon für strafwürdig erklären und daß er endlich auf diesem Wege eine wünschenswerthe Gemeinverständlichkeit am sichersten erreicht, welche durch die herablassendste Sprache bei fremdartigen Begriffen nicht, leicht aber durch ein ihm entgegenkommendes divinatorisches Erfassen beim gemeinen Manne gelingt, ohne daß man auf Wissenschaftlichkeit zu verzichten Ursache hat, welche der Gelehrte, der Richter, Ankläger und Vertheidiger fordern.

Diese Concentration der Gerechtigkeit und zweckmäßigen Wirksamkeit der Strafjustiz ist ein Gegenstück der Einheit von Zweck und Causalität unter einem Vernunftbegriffe, welche wir als Bedingung jeder Handlung entwickelt haben. Ihr correspondirt die Einheit des Willens mit der Handlung in der Erscheinung, welche die Ausschweifung der juridischen Zurechnung in die blos ethische verhütet. Der Wille ist das Vermögen zum Guten und Bösen und dasjenige, was, nach dem altteutschen Sprichworte als des Werkes Seele, die Handlung gut oder schlecht macht. Das objective Recht hätte ein eben so dürftiges als unsicheres Ziel, wollte es nur auf die erzwingbare äußere Handlung und nicht auch auf ihn, als die Wurzel, sehen. Es ist zwar nicht unmöglich, daß ein schlechtgesinnter Mensch durch Furcht oder Hoffnung abgehalten werde, seinen bösen Willen in die That ausbrechen zu lassen, allein der innere Kampf, den dieses kostet, abgesehen davon, daß die böse Lust bei der geringsten Aussicht auf Straflosigkeit den Sieg davon tragen wird[17]), wird ihn wenigstens durch Unterlassung der schuldigen Achtsamkeit unvermeidlich fehlen und Schaden anrichten lassen, so daß also die Rechtslehre, wäre sie auf das Erzwingbare beschränkt, die culpa consequent von ihrer Zurechnung ausschließen müßte, — eine Hypothese, welche nicht nur unser gesammtes Civilrecht, sondern auch unser Criminalrecht revolutioniren würde, letzteres nicht minder, wenn man bedenkt, daß dadurch besonders der sogenannte eventuelle dolus und die culpa dolo determinata eine ganz andere Ansicht bekommen würden. Eben so oft wird ein Mensch,

---

17) Sit spes fallendi, miscebit sacra profanis, sagt Horaz.

der ohne Interesse für Recht oder Unrecht seine Handlungen nur an ein äußeres Gesetz gebunden wähnt, durch eine interpretatio maligna in fraudem legis handeln, und die beschuldigenden und entschuldigenden Folgen, welche unser gemeines Recht an die bona et mala fides knüpft, wären ein unerklärliches Außenwerk.

Auf der anderen Seite ist jedoch nicht minder gewiß, daß der Wille zu dem Inneren des Menschen gehört, in das wir, als in das Heiligthum der Denk- und Gewissensfreiheit, nicht eindringen dürfen und vergeblich einzudringen versuchen, weil es vor aller Handlung uns verborgen bleibt und aus diesem Handeln nur in einzelnen Bruchstücken nach ihrem Werthe für diese Welt begriffen wird, daraus niemals einen sicheren Aufschluß darüber geben, wie der Mensch mit Gott und seinem Gewissen steht, so daß es gleich vermessen ist, ihn selig sprechen oder verdammen zu wollen. Versuchen wir aus den Einzelheiten seines Lebenslaufes eine Totalanschauung zu bilden, so führt dieses nur zu Räthseln und zum Nichtzuunterscheidenden. Das Leben des Mannes, dessen äußeres Verhalten ein würdiges Ehrgefühl und strenge Rechtlichkeit zeigt, wird vielleicht durch einen finstern und trübsinnigen Humor verbittert der an seiner Zufriedenheit mit sich selbst zweifeln läßt, während der durchtriebenste Schelm eine Heiterkeit und Jovialität bewahrt, die ihn über alle sich selbst bereitete Leiden und Bekümmernisse hinweghilft, nicht unähnlich dem, was die Frommen Freudigkeit in Gott nennen. Sehen wir aber auf die Schädlichkeit, so ist die Energie im Unheilstiften bei dem Enthusiasten, der Gott mehr als dem Menschen gehorchen zu müssen glaubt, und dem wir keck den gleichen Glauben, womit wir ihm Einhalt thun, entgegensetzen dürfen, nicht geringer, als die des ärgsten Bösewichts. Allerdings ist der Wille, dessen eigenthümliche Beschaffenheit wir Charakter nennen, der Kern einer Selbstheit, welche den Menschen zum Rechtssubjecte macht. Denn ein Wesen, das der willkürlichen Einwirkung anderer nicht ein beharrliches Wollen entgegensetzt, das sich wohl lenken, aber nicht biegen läßt und durch Zwang mehr unterdrückt, als besiegt, sich rächt, wo es Luft gewinnt, wäre sogar beim gebildetesten Verstande ein zahmes Thier, und ein Volk solcher Subjecte eine Heerde, der es genügt, wenn sie zu leben und wenn es hoch kommt, Wohlleben hätte, wobei die kritische Frage entstünde, wer den Schafstall gegen die Wölfe vertheidigen soll. Allein achten können wir ihn doch nur, so weit er sich durch gemeinschaftliche Begriffe von Ehre und Schande regieren läßt, und damit eine der Civilisation empfängliche Resignation verbindet.

Die Aussöhnung dieser Gegensätze beruht also darauf, daß erstlich der Wille die weltliche Gerechtigkeit nur insofern angeht, als er als dolus oder culpa der durch ihren nächsten Zweck oder Effect der Rechtsordnung widerstrebenden äußeren Handlung einverleibt, mit ihr in die Erscheinung tritt, und daß er zweitens in dieser Eigenschaft der Justiz unerbittlich verfällt, ohne daß wir uns um das Innere des Menschen zu bekümmern brauchen. Dadurch bekommt jede Handlung ihren Abschluß nach Innen und es folgen daraus die bekannten Sätze, daß der böse Vorsatz weder

durch den Wahn, als ob die durch das Gesetz verbotene Handlung nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt gewesen, noch durch die Unwissenheit über Art und Größe der Strafe, deren Kenntniß die psychologische Zwangstheorie consequent fordern müßte, während nach der richtigen Ansicht niemand Strafe leiden soll, weil er die Strafe, sondern weil er das Verbrechen gewollt hat, als das prius, welches den Gesetzgeber zu der sanctio poenalis bestimmt hat, und weil der Hauptberuf des letzteren sich in die richtige Zeichnung des ersten verliert, während die Strafe erst post factum unter Mitwirkung des Richters entschieden wird, noch durch die Beschaffenheit des vorausgehenden Beweggrundes zur That oder des nachfolgenden Endzweckes derselben ausgeschlossen wird. Nur die damit freilich nicht entschiedene in Geistesstörung übergegangene Thatsache der Unzurechnungsfähigkeit der Person des Handelnden, welche wir bereits oben besprochen haben, kann hier die Strafe unanwendbar machen.

Es folgt aber auch auf der anderen Seite, daß der böse Vorsatz, um als solcher zugerechnet zu werden, nicht gerade ein bestimmter zu sein braucht, da der böse Wille, der sich gehen läßt, der von ihrer Wirksamkeit nicht zu trennenden Handlung nicht minder einverleibt erscheint, wenn ihr Urheber den verbrecherischen Effect nicht ausschließend oder vorzugsweise gewollt hat, mag es ihm nun gleichgiltig gewesen sein, ob der wirklich eingetretene oder ein anderer gleichfalls mit seiner Handlungsweise bezweckter Erfolg eintrete, oder mag er nur für den Fall, daß es sich nicht anders fügen werde, diesen Erfolg gebilligt haben, was gerade daraus erkannt wird, daß er entweder eine Naturursache in Bewegung gesetzt hat, im Bewußtsein, sie nach der That nicht mehr beherrschen zu können, oder ohne Vorkehrungen gegen den härteren Erfolg zu treffen, oder daß er sich selbst einem auf unberechenbaren Schaden gerichteten Triebe blindlings überlassen hat, wovon die Bedingungen unter dem Artikel dolus ausführlicher besprochen worden sind.

Aber auch der Mangel an gutem Willen, welcher, da der Wille als eine stets in concreter Gestalt auftretende Realität sich in eine Gradverschiedenheit verliert, welche diesen Mangel als einen minder bösen Willen darstellt, macht sich in der Handlung fühlbar durch einen durch Einsicht oder Vorsicht zu verhüten gewesenen rechtsverletzenden Effect; wenn das Versehen dem Handelnden nicht begegnet wäre, hätte es ihm Ernst oder der Schaden ihm selbst gegolten, weil dieser Ernst oder das eigene Interesse ihn unwillkürlich zu einer größeren Aufmerksamkeit und Behutsamkeit bestimmt haben würde. Die nie bestrittenen civilrechtlichen Folgen eines solchen durchs Gesetz dem Gebiete des casus entzogenen Effectes, die Thatsache, daß eine gröbere Schuld sogar peinliche Strafen nach sich ziehen kann, daß bei großen und unersetzlichen Uebeln, welche durch eine geringere Wahrscheinlichkeit zur größten Vorsicht auffordern, das leichte Versehen zum groben wird, und daß das bloße Verschulden besonders dann in das Gewicht fällt, wenn der Effect aus einer schon an sich strafbaren und dem Grade und der Wirkung nach angrenzenden verbrecherischen Handlung entsteht, ist wohl der schlagendste Beweis, daß das keineswegs auf das Erzwingbare beschränkte Rechtsgesetz ein wahres

Willensgesetz ist, das nicht nur keine Gleichgiltigkeit gestattet, sondern das sich auch die demselben unterworfenen Subjecte durch Selbstbestimmung und Selbstbildung zur eigenen Maxime, zur Gewohnheit und zur Spontaneität einer anderen Natur machen sollen, wozu ihnen durch das objective Recht das Bild eines diligens pater familias aufgestellt ist, welches sich nur als Muster des Nachstrebens und nicht als Muster der Nachahmung ausmalen läßt, so daß hier jeder Gedanke einer Drohung oder Warnung vor einer gesetzlich vorgemessenen oder vormeßbaren Handlungsweise verschwindet.

Nach ihrer Dependenz vom Willen sind, je nachdem dieser der von dem objectiven Rechte verlangte und erwartete ist oder nicht, unsere Handlungen entweder gute oder böse, und ihre Urheber schuldig oder unschuldig, in culpa oder extra culpam. Die Ethik, welche sich an den reinen Willen und das durch ihn Mögliche, folglich mehr an das Handeln, als an die Handlung hält, bleibt bei dieser einfachen Eintheilung stehen und in ihr, welche zwar so wenig, als die Justiz irgend eine Ungesetzlichkeit (ἀνομία 1. Joh. 3, V. 4) nachsehen oder den Grundsatz billigen kann, daß der Zweck die Mittel heilige, oder doch eben so wenig sich an der strengsten Gesetzlichkeit genügen läßt, sobald dahinter falsche Antriebe und unlautere Gesinnungen versteckt liegen, dürften die Thomisten Recht behalten, wenn sie kein Drittes, keine adiaphora zulassen. Mit ihr berührt sich zwar die Justiz in dem doppelten Punkte, daß auch sie kein Handeln in fraudem legis gestattet und außer Beziehung auf den Willen des Handelnden auch für sie jede Schuld unerfindlich und in das Gebiet des Zufalles zu verweisen ist. Sie trennt sich jedoch dadurch, daß sie eine vollkommen gesetzliche Handlung auch bei einer blos egoistischen Triebfeder gelten lassen muß, eben weil das Recht nicht blos auf den sittlichen, sondern auch auf den natürlichen Menschen berechnet ist, und daß sie den schlimmsten Willen nur mit der bereits in die Erscheinung getretenen That, also weder vor, noch nach, noch ohne rechtswidrige That bestrafen darf, ohne welche Bedingung andere Aeußerungen desselben in der Regel nur zu solchen Sicherheitsmaßregeln berechtigen, welche keinen Eingriff in das Recht ihres Urhebers bilden. Ihre Operationen sind daher dadurch bedingt, daß sie die Handlung als Phänomen fixirt, und in dieser Beziehung entsteht eine unvermeidliche Trichotomie, welche den Scotisten beipflichtet, daß es neben den guten und schlimmen auch zweideutige Handlungen gibt, welche jeder zum eigenen Vortheile oder Vergnügen ausführen darf, sofern es ohne fremden Schaden geschieht, die also nur verantwortlich machen, wenn sie geschadet haben — was bei ungezweifeltem Causalzusammenhange zur Erscheinung genügt — aber auch dann noch in ihrem Werthe von der Willensrichtung und dem Bewußtsein des Handelnden abhängen, welche sie eben so wohl gut, als schlimm darstellen können. Man kann dieses auch so ausdrücken, wo die angezeigte Absicht eine an sich unschuldige der eigenen Rechtsausübung ist, und daher nur das Bewußtsein des rechtswidrigen Effectes die Handlung schuldig machen kann, je nachdem diese durch den vom Rechte erwarteten Willen mit dem nächsten

Zwecke verbunden oder davon zertrennlich ist. Die Zweideutigkeit entspringt aus der Doppelseitigkeit des objectiven Rechtes, welches in seiner Totalität sowohl durch Gesetze, als durch das an sich Rechte, oder das im positiven Rechte eingeschlossene natürliche Recht bestimmt wird, verbunden mit der Abhängigkeit des rechtswidrigen Willens von dem guten Glauben des Handelnden, welche da, wo die Handlungsweise seiner eigenen Discretion überlassen ist, so viel leistet, als die Wahrheit. Beruhte der Rechtszustand nur auf Gesetzen, so wäre die Lösung sehr einfach. Als gut und nicht verantwortlich müssen unstreitig alle positiv erlaubte oder gebotene Handlungen, als schlimme alle [illegible] verbotene oder unerlaubte gelten. Allein da jede individuelle Handl[illegible] mehr oder weniger durch zufällige Momente bestimmt wird, so begegnen uns doch dergleichen in terminis einem ius in thesi entsprechende Handlungen, welche nicht nur nach dem Effecte, sondern auch in der Begehungsart und der Willensrichtung vorgesehen sind, so häufig nicht, um mit diesem Grundsatze auszureichen, und es ist merkwürdig, daß derselbe am wenigsten ausreicht, um eine Handlung für vollkommen rechtlich und unverantwortlich zu erklären. Es liegt sehr nahe, daß das Gesetz nicht unser gesammtes Thun und Lassen so in Anspruch nehmen kann, daß wir dadurch in geistige Automaten verwandelt würden. Wir würden als Rechtssubjecte verschwinden, wenn das Gesetz nicht unserer natürlichen Freiheit einen unverkümmerten Raum für ihre Wirksamkeit gestattete. Und doch ist eben so wahr, daß dieses nur auf Treue und Glauben, im Vertrauen auf die eigene Discretion des Handelnden geschehen kann, vermöge der ein ehrlicher Mann in einem sittlichen Gebrauche von dieser Freiheit das Maß von selbst einhalten wird, womit das gleiche Recht anderer bestehen kann, und welches das Streben nach dem erlaubten eigenen Vortheile mit einer billigen Rücksicht auf fremden Nachtheil verbindet. Gerade die Erlaubnißgesetze sind es, welche am meisten an das eigene Gewissen des Handelnden appelliren, und der Grundsatz, was nicht verboten ist, das ist erlaubt, ist sehr unwahr, wenn man ihn vom Gesetze, und nicht vom Rechte überhaupt versteht, das sich in seiner Totalität hier am meisten als Willensgesetz verherrlicht. Die gemischte Willensbestimmung, welche mit dem durch das Gefühl des eigenen Rechtes gestärkten Muthe die Achtung für fremdes vereinigen soll, entwickelt sich vorzüglich aus den verschiedenen Lebensberufen, in welche sich die Menschheit zur Erreichung ihres Gesammtzweckes in ihren Individuen hat theilen müssen. Diese können sogar rechtlich unauflösliche Conflicte — man denke nur an die der Jäger, Hirten und Ackerbauer — herbeiführen, welche nur durch Krieg oder durch Gesetz entschieden werden können. Aber auch im gesetzlich geregelten Zustande ist es nicht immer menschmöglich, den Eifer in dem eigenen Berufe mit der Rücksicht für andere zu verbinden, so daß ein gewisses veniam damus, petimusque vicissim unvermeidlich wird. Daher bei dem Unverbotenen oder der natürlichen Freiheit Ueberlassenen der von uns anderwärts ausgeführte Unterschied zwischen berufenem und blos muthwilligem Handeln, wovon das Letztere nur auf eigene Gefahr gestattet sein kann, während die Verantwortlichkeit

des Ersteren davon abhängt, ob die im eigenen Berufe aufgebotene Willenskraft das Bewußtsein des Handelnden so sehr in Anspruch nahm, daß von ihm die Einsicht der daraus für andere entstehenden Uebel nicht erwartet werden konnte. Allein auch umgekehrt, wo das Gesetz die natürliche Freiheit durch Verbote beschränkt, ist es, besonders dann, wenn es nur den rechtswidrigen Effect bezeichnet, über die Begehungsart und Willensrichtung aber schweigt, nur selten so absolut gemeint, daß wir daraus eine Handlung für schlimm und verantwortlich zu erklären vermöchten[18]). Jedes Gesetz, auch das klarste, bedarf der Auslegung, welche, ist sie mit den nöthigen Subsidien der Sprach-, Sach- und historischen Kenntniß ausgerüstet, durch drei Principien regiert wird, nämlich zunächst durch die ihm eigenthümliche Gesetzraison, dann in Beziehung auf das, was diese unbestimmt oder zweideutig läßt, durch die natürliche Billigkeit, als dem Grunde und Zwecke aller Rechtsgesetze, endlich nach der Idee der Einheit sowohl der gesetzgebenden Gewalt, welche mit jedem frischen Athemzuge das Recht neu gebärt, als der einzelnen zu einem Körper gehörigen Gesetze, durch die Analogie. So wie es für die Rechtmäßigkeit einer Handlung ein vorzüglicher Anhaltspunkt ist, daß ihr Effect einen integrirenden Bestandtheil unseres anerkannten Rechtszustandes bildet, oder daß ohne ihr Wirken ein anerkannter Rechtszustand fruchtlos oder gar nicht möglich wäre, so wird auch das im allgemeinen Verbotene ausnahmsweise als erlaubt erscheinen, wenn es das nothwendige Mittel zur eigenen oder unseres Rechtes Erhaltung ist, wie die Lehre von der Nothwehr und dem Nothstande zeigt. Ueberhaupt bildet unser Rechtszustand ein unsichtbares Ganze, das sich bruchstückweise in einzelnen Regeln und Gesetzen offenbart, welche, obgleich wir ohne das Bekannte: in toto iure species derogat generi, den Charakter eines positiven Rechtes verlieren würden, dennoch nicht zu trennen sind, sondern sich wechselseitig beschränken und ergänzen. Um also das Schlimme in der Handlung zu treffen, muß zum Gesetze ein tieferes, bewegliches und geistiges Princip hinzukommen, das dem freien, sich selbst gesetzgebenden Willen blutsverwandt ist, von unbeugsamer Strenge gegen Alles ihm Widerstrebende, aber nachgiebig oder doch mild gegen jede mit ihm versöhnliche reelle Willensrichtung, welche sich als unschuldig legitimirt. Nur so erklärt sich die Fruchtbarkeit, womit sich das Recht jedem Detail anschmiegt, oft berührt in unseren Pandekten durch das in causa ius positum est, und das mittelalterliche Sprichwort: ius cum facto oritur, cum facto moritur. Es würde genügen, auf das Ineinandergreifen dieser beiden Factoren, worin sich beide ergänzen und ersetzen, und das Recht in dem im Gesetze Unverbotenen das Unerlaubte, oder in dem Verbotenen das ausnahmsweise Erlaubte abgrenzt, aufmerksam gemacht zu

18) Hierher gehört die Bemerkung des **Claudius Saturninus** in der L. 16. cit. de poenis, daß man unter anderen auf die causa sehen müsse, ut in verberibus, quae impunita sunt a magistro allata, vel parente, quoniam emendationis, non iniuriae gratia videntur adhiberi: puniuntur, cum quis per iniuriam ab extraneo pulsatus est.

haben, wenn es sich blos davon handelte, welche schlimme Handlungen andere für ihre Folgen verantwortlich machen und diesen das Recht auf Schadenersatz und Genugthuung geben. Allein das objective Recht schließt unter den schlimmen Handlungen, welche wir absichtlich mit diesem milderen Gattungsnamen bezeichnet haben, auch solche ein, welche, als absolut schlimm oder böse, eine Strafe im eigentlichen Sinne, oder ein Uebel, das über die bloße Warnung und den Zweck der Beugung des Ungehorsams hinausgeht, nach sich ziehen. Diese nun sind es, welche das Recht nur durch das Organ eines Gesetzes zu bestimmen vermag, welches, wenigstens seinem Sinne nach, die darunter fallende ganze Handlung, nämlich nach ihrem rechtswidrigen Effecte, nach ihrer Begehungsart und nach ihrer Willensrichtung umfassen und scharf abgrenzen muß, obgleich gewöhnlich nur das eine oder das andere dieser Momente, weil es für den Begriff die Hauptsache ist, am stärksten hervorgehoben wird. Nur ein Gesammtwille, stark genug jede Selbsthilfe und Privatrache niederzulegen, vermag zu bestimmen, was als ein Bruch mit der Gesellschaft fortan eine solche Reaction begründen soll, nicht nur im Interesse der Gesammtheit, wie Verrath und Feigheit vor dem Feinde, als die ältesten Verbrechen, sondern auch im Interesse der von ihm zu vertretenden und als Beleidigung des Ganzen zu rügenden Einzelnen. Man wird daher immer darauf zurückkommen, daß es ohne Normen, deren Giltigkeit von der Promulgation und deren Verbindlichkeit von der Publication abhängt, wohl strafwürdige, aber keine im engeren Sinne strafbaren Handlungen gibt, ein Unterschied, der nur insofern practisch ist, als die ersteren auch ohne Kenntniß des Strafgesetzes zur Zurechnung genügen. Ein wahres Gewohnheitsrecht, das wie Sitte und Sprache von selbst entsteht, indem sich die Privatautonomie gewissen Mustern bequemt, ist hier ausgeschlossen, obwohl es sein kann, daß das, was, besonders in Zeiten, wo man über Gemeindebeschlüsse keine Registraturen führte, oder durch Reception fremder Rechte ursprünglich durch Gesetz entstand, sich durch die Praxis erhält, ohngeachtet dieser Act im Gedächtnisse der Menschen verloren ging, wie es noch in vielen anderen Stücken, die nur durch Gesetz zu bestimmen, der Fall ist. Hierauf beruht das Ansehen beständiger Präjudicien, das zwar der Gewißheit eines historischen Irrthums weichen muß, aber bei dürftigen und alterthümlichen Quellen schwer zu bekämpfen ist. Eben weil das positive Element bei Strafgesetzen das vorwiegende ist, weicht auch ihre Auslegung von dem der blos bürgerlichen Gesetze ab. Zwar bleibt das Temperament, wodurch das Recht in dem gesetzlich Verbotenen das ausnahmsweise Erlaubte abgrenzt, auch hier wirksam, so wie sie auch umgekehrt, als die kategorischsten von allen, das Handeln in fraudem legis ausschließen. Allein sie sind auf die Auslegung nach der Gesetzraison beschränkt und gestatten nur die uneigentliche oder sogenannte comprehensive Extension, welche sich nicht weiter, als auf solche Fälle erstreckt, die, vom Unwesentlichen entkleidet, völlig identisch erscheinen. Die Auslegung nach der natürlichen Billigkeit und nach der Analogie aber wirkt nur auf die Erläuterung des Sinnes des Gesetzes, wo dieser dunkel und zweideutig ist, als die

für den Gestraften mildere Alternative entscheidend. Aber beide vermögen der unzweideutigen Sphäre des Gesetzes weder etwas zuzusetzen, noch zu entziehen.

Wir haben uns bei der ersten Betrachtung der Einheit von Zweck und Causalität einer Handlung, wodurch ihr Name, ihr Anfang und Ende, oder ihre discrete Größe und zuletzt ihr moralischer Werth bestimmt wird, länger verweilen müssen, weil sie die wichtigste ist. Die Unterscheidung dessen, was unmittelbar durch menschliches Thun, wie das Schlagen, Verwunden, Tödten, und mittelbar durch andere mitwirkende Ursachen, oder durch andere Menschen außer den Handelnden bewirkt wird, vereinigt das rationelle Element durch das, was wir Integrirung nennen möchten und reicht so weit, als unsere Herrschaft über die Natur oder unser psychologischer Einfluß auf den Willen Anderer geht, um unsere persönliche Wirksamkeit zu erweitern. Diese Integrirung bestimmt den Begriff der Urheberschaft, welche eben sowohl durch Begehungs-, als durch Unterlassungshandlungen, ohne Widerspruch mit dem Grundsatze, daß ohne besonderen Rechtsgrund niemand zu positiven Handlungen verpflichtet ist, als durch Anstiftung anderer begründet wird. Urheber, können wir hier mit Heinrich Luden sagen[19]), ist jeder, in dessen Willen und Handlung die hinreichende Ursache enthalten ist, welche das Verbrechen, als eine Wirkung, hervorbrachte. Der Mensch aber, der zu bestimmten Zwecken handelt, kann dieses nicht anders, als indem er dabei auf die Mitwirkung der ihm bekannten Gesetze der Natur und des Causalzusammenhanges rechnet. Insofern er dieselben zu seinen Zwecken verwendet, kann man sagen, daß sie einen Theil seiner Handlung bilden, oder was dasselbe ist, daß er mit denselben und durch dieselben handelt. Ob er diese Kräfte der Natur selbst erst in Bewegung setzte, oder ob er dieselben vorfand und dieselben zu seinen Zwecken benutzte, ist dabei gleichgiltig. Wenn er die Wirksamkeit derselben in seiner Gewalt hatte und seinem Plane gemäß wirken ließ, kann ihm auch das, was er als daraus nothwendig folgend erkennen mußte, als seine Handlung zugerechnet werden. Und daß er die Wirksamkeit der Naturkräfte ihren Gang gehen ließ, während ihm die Bewältigung derselben möglich war, ist zunächst zwar nur eine Unterlassung, aber doch auf der anderen Seite zugleich eine positive Handlung. Denn während er das eine unterließ, muß er nothwendig etwas anderes gethan haben, und das muß ebenfalls eine positive Handlung gewesen sein, sollte es

---

19) Abhandl. B. 1, S. 473. Eine genauere Ausführung über diese Materie enthält der zweite Band dieser Abhandl. aus dem gemeinen Strafrechte S. 219 flg., wo sehr scharf das durch ein specielles Gesetz bedingte Unterlassungsverbrechen von dem gemeinen Verbrechen des Schadens durch Unterlassungshandlungen unterschieden und zugleich gezeigt wird, wie sehr diejenigen Schriftsteller Unrecht haben, welche nicht nur beides vermischen, sondern auch höchst inconsequent auf die bloße Vertragspflicht zurückgehen, um die ihnen auf diese Weise unerklärliche Strafbarkeit gewisser Unterlassungen zu deduciren, wodurch besonders Feuerbach mit seinem Princip: nulla poena sine lege verstößt. Wir werden hierauf sogleich zurückkommen.

auch im bloßen Zusehen oder in einer Ortsentfernung bestanden haben. Und diese positive Handlung ist alsdann die alleinige Ursache des Erfolges. Darum ist gewiß derjenige, der einen zufällig in seinem Hause entstandenen Brand nicht löscht, während er es im Stande war, sondern zusah, oder davon ging, eben so gut Brandstifter, als wer das Feuer selbst angezündet hatte. Wer wissentlich Gift liegen hat und einen anderen, der es vor seinen Augen einnehmen will, nicht warnt, ist eben so gut Giftmörder, als wenn er selbst eingegeben hätte. Wer einen hilflosen Kranken, dessen Pflege er übernommen, wissentlich verläßt, hat den Tod desselben so gut zu verantworten, als wenn er ihn direct umgebracht hätte[20]). Mit einem Worte, in allen Fällen, in welchen nach den Gesetzen des Causalzusammenhanges und ohne Mitwirkung der Thätigkeit eines anderen ein verbrecherischer Erfolg nothwendig entstehen mußte, kann derselbe demjenigen, der ihn hätte verhindern können, als seine Wirkung zugeschrieben werden. — Ebenso hat gewiß nicht nur derjenige die Mißhandlung und Beschädigung zu verantworten, der den Bullenbeißer anhetzt, sondern auch derjenige, den der Bullenbeißer in seinem Beisein anfällt, ohne daß er das auf seine Befehle abgerichtete Thier abruft. Das römische Recht wendet dieses sogar auf den, obgleich in Beziehung auf Delicte selbsthandlungsfähigen, aber an unbedingten Gehorsam gewohnten Sclaven an, wenn zu der scientia die patientia kommt, oder die Umstände so sind, daß die letzteren aus der ersteren zu schließen, und wenn dieses gleich auf unser Gesinde und unsere erwachsenen Hauskinder nicht paßt, so wird doch der militärische Befehlshaber allezeit für denjenigen Unfug einstehen müssen, den die unter dem Gewehre zu promptem Gehorsam abgerichteten Soldaten unter seinen Augen verübt haben, und durch den Ruf seines Commando's oder durch ein Signal der Trommel oder Trompete zu verhüten war. Andere Vorgesetzte und öffentliche Diener, welche die Begehung von Verbrechen zu verhindern verpflichtet sind, und dieses unterlassen, begehen zwar zunächst nur ein Dienstvergehen, weil sie auf eine gleich blinde Unterwürfigkeit rechnen können. Allein da das amtliche Ansehen in ihre Hände eine imposante Macht von in der Regel nicht fehlender Wirksamkeit niederlegt, so entsteht aus dem unterlassenen Einschreiten der Verdacht eines Vorsatzes, welcher durch mehrere Gesetzbücher unter der Gestalt einer Beihilfe zu dem, was mit ihrem Vorwissen geschehen, aufgefaßt wird. Diese Ansicht ist ganz consequent, wenn die Strafe des Dienstvergehens nur disciplinarisch auf Feigheit und Trägheit, so weit sie über die Nothwendigkeit oder die Wirksamkeit des Einschreitens täuschen, berechnet ist, und diejenigen Gesetzbücher, welche hier nur ein eigenes Unterlassungs-

20) Wie wollte man sonst einer Mutter beikommen, die das ihr lästige Kind verhungern läßt, da die Ernährungspflicht nur civilrechtliche Folgen hat, während die Grausamkeit dieses langsamen Todes eine dem Leben des Kindes auf einmal ein Ende machende Begehungshandlung weit übertrifft und vielleicht gerade darum gewählt wird, um vorgeben zu können, das Kind sei eines natürlichen Todes gestorben, und dadurch sich gegen die Ueberführung zu sichern.

verbrechen fixiren, können mindestens nicht umhin, einen aus anderen Motiven der Popularitätssucht, der Gewogenheitskaperei, des Nichtverderbenwollens mit anderen u. s. w., mit dem bestimmten Bewußtsein möglicher Verhinderung zugelassenen Effect dieser Art als Erschwerungsgrund zu berücksichtigen und zu dem Ende [illegible] weite Rahme zu lassen. Wie sehr endlich Eltern, Vormünder und Erzieher durch ein in Gutheißen übergehendes Gewährenlassen verantwortlich werden können, beweist das Verbrechen der Kuppelei. Dagegen ist es anerkannt, daß man ohne ein gebietendes Gesetz sonst durch das Nichthindern von Verbrechen anderer weder Miturheber, noch Gehilfe wird, und daß schon das letztere Bestärkung des Vorsatzes, oder wissentliche Beförderung der den Schaden hervorbringenden Causalität voraussetzt. Der einfache Grund hiervon liegt darin, daß die Schuld, als moralisches Wesen, etwas Substantielles voraussetzt, das man der Undurchdringlichkeit der Körper vergleichen kann, weil die freie Ursache auf sich selber steht, ohne daß ein anderer für sie einzutreten vermag. Das Recht, obgleich gegen die schadenfrohe Neigung und Gesinnung nicht gleichgiltig, hält sich nur an die That. Es muß sich daher an dem dafür verantwortlichen Urheber genügen lassen und vermag ohne positive Theilnahme keine Mitschuld zu erkennen. Auch ist die an sich verdienstliche Tapferkeit, fremdem Unrecht zu steuern, wie die Anzeigepflicht begangener Verbrechen nur dann lauter, wenn sie aus reinem Pflichtgefühl und Patriotismus entspringt, von denen sie zu erwarten.

Die Aufgabe, das menschliche Thun mit den dadurch in Wirksamkeit gesetzten Zwischenursachen zu integriren, ist zwar am leichtesten bei Begehungshandlungen, welche durch das objective Recht verboten waren. Denn da genügt es, daß diese Zwischenursachen schon vorhanden waren, weil eine solche rechtswidrige Handlung auch für nicht erwartete Folgen verantwortlich macht, sobald es gewiß ist, daß sie ohne die Handlung nicht eingetreten wären, und also mit ihr in einem nachgewiesenen Causalzusammenhange stehen, daß dasselbe Ereigniß zu derselben Zeit nicht schon von selbst eintreten könnte. Nur der Mangel dieses Causalzusammenhanges kann hier schützen, wie wenn die Aerzte erklären, daß das von der Mutter ohne die nöthige Pflege heimlich geborene Kind in einem Zustande auf die Welt gekommen, der es gleich wahrscheinlich mache, daß es auch unter den Händen der Hebamme verschieden wäre. Ob die Folgen erkannt wurden, oder erkennbar waren, hat nur auf die Frage vom dolus oder auf den Grad der culpa Einfluß, welcher allerdings unter eine im engeren Sinne strafbare herabsinken kann, jedoch nur bei ganz unschuldigen, noch mehr bei positiv erlaubten oder gar gebotenen Handlungen von den civilrechtlichen Folgen befreien wird. Später hinzugetretene Ursachen dagegen lassen sich mit der Handlung dann am wenigsten in eine integrirende Verbindung bringen, wenn sie, wie z. B. der Einsturz eines Hauses auf einen schwer Verwundeten, oder ein Stich in dessen Herz, auch ohne die letztere den ganzen Erfolg hervorbringen mußten, mögen sie nun von den Kräften der blinden Natur oder von freien Wesen herrühren. Haben aber beide zusammengewirkt, so kommt

es darauf an, welche von ihnen die Hauptursache war, ob z. B. die Epidemie, welche den Leidenden ergriff, ohne die wenn auch nicht gerade tödtliche, doch gefährliche Verwundung glücklich abgelaufen wäre, und also die Wirkung der letzteren nur beschleunigt worden ist, oder ob umgekehrt die Epidemie die ohne sie ungefährliche Wunde verschlimmert hat. Im ersten Falle gilt der Handelnde als alleiniger Urheber, der andere Fall gilt dem vorangestellten gleich, daß durch die letzte Ursache die erste verdrängt wird, und folglich der Handelnde nur das Vorangegangene zu verantworten hat. Allein häufig wird das sachverständige Urtheil dahin ausfallen, daß der jüngste Erfolg dem Zusammenwirken beider zuzuschreiben, und dann fällt auf den Handelnden die Schuld am Erfolge, und zwar je nachdem die Mitwirkung vom Zufalle oder von einer freien Ursache herrührte, als alleiniger oder als solidarischer Miturheber. Der Unterschied zwischen beiden ist nur der, daß in dem letzteren Falle der mit der Handlung in Beziehung stehende Causalzusammenhang nicht nur durch Begehungshandlungen, sondern schon durch unterlassene Vorkehrung gegen den Einfluß der ersteren, z. B. durch Diätfehler oder versäumte Cur, leichter unterbrochen werden kann, weil die Schuld von einer solchen Undurchdringlichkeit ist, daß kein anderer dafür eintritt, und es also, da es hier zugleich auf das Innere ankommt, sich lediglich davon handelt, ob sie durch ihre intensive Stärke, besonders als dolus oder culpa lata, die vorangegangene leichtere Schuld eines anderen aufzuwiegen im Stande ist. So entscheidet auch unser gemeines Recht, wenn man L. 15. §. 1., L. 11. §. 3., L. 51. pr. §. 1 u. 2., L. 5 u. 30. D. ad Legem Aquiliam vergleicht [21]). Wer einem fremden Sclaven aus Muthwillen einen Ruthenhieb über den Kopf versetzte, der diesem wegen einer organischen Verbildung oder als Epilepticus individuell tödtlich geworden ist, ist Schuld an dem Tode dieses Sclaven, da er seinen Muthwillen bleiben lassen konnte und bleiben lassen sollte. Rührt aber diese zufällige Tödtlichkeit von einer gefährlichen Verwundung her, die ihm ein anderer in tödtlicher Absicht zugefügt hat und die der Arzt noch nicht außer Gefahr erklären konnte — denn ist sie geheilt, sei es auch mit dem von dem Trepan zurückgebliebenen Schaden, dann hat auch die Causalität schon aufgehört zu wirken — so wird diese Dazwischenkunft dem früheren Beschädiger nur insofern nutzen, daß man ihm strafrechtlich nur einen beendigten Versuch zurechnen kann, allein es wird niemandem einfallen, dem anderen wegen einer bloßen Neckerei, welche für sich gar keinen Erfolg gehabt hätte, die Tödtung zur Last zu legen, für die schon ein anderer verantwortlicher Urheber da ist. Denke man sich umgekehrt, die erste Verwundung sei die Folge einer überschrittenen Nothwehr oder übereilten Züchtigung, der jüngsten Mißhandlung aber liege die Absicht, dem kranken Sclaven den Rest zu geben, oder doch

---

21) Luden, Abh. aus dem gemeinen teutschen Strafrechte B. II, S. 63 flg., dessen sehr verdienstliche Ausführungen nur weniges ergänzender Erläuterung bedürfen, auf die wir hier nicht eingehen können, die aber durch das im Texte Bemerkte angedeutet sein dürfte.

eine gröbere Schuld zum Grunde, so wird die Schuld am Tode auch ganz auf den Urheber derselben fallen, und dem ersten nur die Verwundung zu imputiren sein, obgleich seine Handlung physisch mehr dazu beigetragen hat, als die spätere. Wir glauben daher, daß bei zusammenwirkenden freien Ursachen eine intensiv gleiche Schuld vorausgesetzt wird, um sie nach obiger Regel als Miturheber zu betrachten, und daß die rein culpose Beförderung einer schon angefangenen Wirkung ohne Einfluß bleiben muß, nach der anerkannten Analogie, daß es keine culpose Beihilfe gibt.

Schwieriger ist allerdings die Integrirung dessen, was nach den Gesetzen des Causalzusammenhanges von selbst erfolgt, mit Unterlassungshandlungen. Beim Thun scheint in dem Thäter auch der Urheber immer gewiß. In thesi ist dieses auch ganz richtig, aber daß es in hypothesi nicht immer klar ist, haben wir so eben bei entfernten Folgen, welche durch Zwischenursachen bedingt waren, gesehen, und diese werden am erheblichsten, wenn das menschliche Thun kein ganz unerlaubtes war. Die Ungleichheit des Lassens verschwindet völlig, wenn wir die für sich wirkenden Naturursachen der menschlichen Willkür so unterworfen denken, daß das Lassen als ein Leiden (patientia) erscheint. Die eigenthümlichste Schwierigkeit ist vielmehr die, daß es beim Lassen eines näheren Anhaltpunktes bedarf, um uns des sowohl verbindlichen, als unmittelbar verantwortlichen Urhebers zu vergewissern, welcher mangelt, sobald andere eben so gut dem Erfolge steuern konnten, was wenigstens bei dem handelnden Subjecte, z. B. bei der Mutter, welche ihr Kind an einem von Menschen besuchten Orte aussetzt, die Vermuthung der zu jeder Schuld erforderlichen Willensrichtung, und besonders der so erheblichen Absicht modificirt und ein weiterer Beleg ist, wie entfernt die Verbindung ist, in welcher die civilrechtliche oder vertragsmäßige Verbindlichkeit zu dessen Pflege und Nahrung, welche sie anderen aufhalst, und deren Lästigkeit nicht das Ziel, sondern den Bewegrund ihrer Handlungsweise bestimmt, mit der Strafe der aus ihrer Hintansetzung entstehenden Folgen steht, da die letztere ja erst von der Richtung gegen ein specielles Strafgesetz abhängt und also namentlich in unserem Beispiele bald als Kindesaussetzung der gelindesten Art, bald als versuchte Tödtung gewürdigt werden wird. Das liegt außer Zweifel, daß das Gesetz positive Handlungen, einen Schaden oder eine Gefahr von dem gemeinen Wesen oder von unseren Nebenmenschen abzuwehren oder abzuwenden, nicht nur überhaupt, sondern auch bei Strafe zur Pflicht machen kann, und die Beispiele, welche die über diese Materie ex professo behandelnden Schriftsteller aus unserem gemeinen Rechte gesammelt haben[22], können aus den Landesgesetzgebungen noch bedeutend vermehrt werden. Eine Menge Polizeivorschriften gehören hierher, und schon die zuerst gedachten Beispiele gehen zum Theil so weit, sich des Staates oder gewisser Personen ohne

---

22) Ant. Matthaeus, Comm. ad L. 47. u. 48. de criminibus. Proleg. C. IV. nr. 1. Püttmann, advers. L. II. c. 31. Spangenberg, im n. Archiv des C.-R. B. IV, S. 532 flg.

Rücksicht auf die Gefahr, der man sich selbst aussetzt, anzunehmen. Das Vergehen gegen solche specielle Gesetze bildet den Catalog der eigentlichen Unterlassungsverbrechen. Von diesen kann daher nicht weiter die Rede sein, sondern die allgemeine Frage ist die, inwiefern verpflichtet auch ohne Gesetz schon das Recht zu einem Thun, wodurch den schädlichen Einflüssen natürlicher oder freier Ursachen auf andere entgegengewirkt wird und zwar so, daß die Unterlassung dem verpflichteten Subjecte gleich einer Begehungshandlung zugerechnet wird? Die Auflösung dieser Frage ist dadurch nicht wenig erschwert worden, daß man von dem Vordersatze ausging, die Aufgabe des objectiven Rechtes erschöpfe sich damit, die Menschen durch erzwingbare äußere Handlungen einander unschädlich zu machen, und folglich seien alle Rechtspflichten nur negativ, oder beschränken sich auf bloße Unterlassungen[23]). Die Einseitigkeit dieses Principes haben wir nachgewiesen und gezeigt, daß das objective Recht nicht nur rechtliche Handlungen, sondern auch einen rechtlichen Willen fordert, der an ihm einen selbstthätigen Antheil nimmt, und den es gegenseitig in den unschuldigen Richtungen seiner eigenen Freiheit und Selbstständigkeit in sich aufnimmt und nach gleichen Gesetzen befruchtet. Dadurch werden schon alle diejenigen Unterlassungen verantwortlich und beziehungsweise strafbar, welche aus einem mit dem objectiven Rechte in Opposition stehenden Willen entspringen, und absichtlich als Mittel gewählt werden, mit Umgehung des Verbotes denselben verbrecherischen Effect und Zweck ohne Handanlegung zur Erscheinung zu bringen. Ein solcher hinterlistiger Anschlag wird zwar, mehr oder weniger offenbar, auch mit einem Handeln verbunden sein und dadurch sich als ein verstecktes Treiben zeigen, wie wenn der Nothleidende eingesperrt, ausgesetzt, oder, wo dessen Hilflosigkeit solche Vorkehrungen unnöthig macht, doch fremder Aufmerksamkeit und Barmherzigkeit, welche die schlechte Absicht vor dem Erfolge an den Tag bringen und dadurch Rettung schaffen könnte, durch jedenfalls nach der verborgen gebliebenen That nöthige und im Plane der Handlung liegende Simulationen und Dissimulationen sorgfältig entzogen wird. Allein consummirt wird doch die That ohne Handanlegung durch die Kräfte der Natur, und jene Handlungen sind von der Art, wie wir sie in anderen Fällen als für sich nichts wirkend eine bloße Vorbereitung nennen, oder einer Beihilfe durch Wachestehen oder zugesagte Begünstigung vergleichen würden. Das Einsperren z. B. ist an sich noch kein Verbrechen gegen das Leben, sondern nur gegen die Freiheit, und von der Aussetzung gilt im wesentlichen dasselbe, da sie gegen den Willen des seiner Sinne noch Mächtigen oder dessen, der den Unmündigen oder seiner Sinne nicht mehr Mächtigen zu vertreten hätte, geschieht. Es entblößt sich also hier am auffallendsten die unrichtige Theorie, welche das Verbrechen erst mit dem Anfange der dazu gehörigen Wirkung oder der Haupthandlung desselben

---

23) Namentlich thut dieses, übrigens sehr consequent mit seiner Strafrechtstheorie, Feuerbach, Lehrb. §. 24, und auch Spangenberg a. a. O. S. 528. Aber wie reimt sich das mit dem imperare et vetare des Modestin, oder mit der constans et perpetua voluntas, ius suum cuique tribuendi?

beginnen läßt, deren Vertheidiger in Verlegenheit gerathen müssen, wie bei solchen Unterlassungshandlungen ein Versuch zu erklären sei, gesetzt, das dem Verschmachten preisgegebene Kind werde zufällig und zeitig gerettet, ohne Schaden zu nehmen, da hier die Vorbereitungen und Sicherheitsmaßregeln gegen Entdeckung und Ueberführung das Einzige sind, was den dolus malus zur Erscheinung bringt, und folglich sogar der beendigte Versuch mit ihnen in der Regel zusammenfallen wird. Es liegt aber nahe genug, daß, da wo das objective Recht eine mit der Vollkommenheit des Rechtszustandes unverträgliche körperliche Veränderung durch eine physisch nicht mehr ungeschehen zu machende mechanische oder organische Zerstörung oder Störung als das absolute Unrecht betrachtet, dem durch Verbot und beziehungsweise durch Strafe gesteuert werden soll, das Verbrechen eben sowohl durch Handanlegung, als durch List begangen werden kann, und daß die letztere alle Naturkräfte umfaßt, welche der menschlichen Willkür so weit unterworfen sind, daß diese dafür verantwortlich gemacht werden kann. Und das sind sie, nicht nur wenn wir sie, als unserem Anstoß und Befehl gehorsam, für unsere Zwecke in Wirksamkeit setzen können, sondern auch dann, wenn wir ihnen für unsere Zwecke Einhalt zu thun vermögen und da, wo es dieser Zweck fordert, in eigener Angelegenheit Einhalt zu thun gewohnt sind. Wollte man das letztere ausschließen, so käme man consequent darauf zurück, daß die Handanlegung bis zur beendigten Wirkung fortgedauert haben müsse, also um jemand eine vollbrachte Tödtung Schuld zu geben, daß die Mißhandlung so lange fortgesetzt worden sei, bis der Mißhandelte auf der Stelle blieb, worauf Julian in der L. 51. pr. §. 1 u. 2. cit. der bloßen Erläuterung wegen anspielt, um zu zeigen, wie sich der rohe Empirismus hier ins Intelligibele erweitert. Läßt man dagegen sogar solche Begehungshandlungen zu, wobei, wie z. B. beim Graben einer Grube, in die ein anderer auf seinem Wege in der Dunkelheit hineinfallen muß, die Wirkung ohne weiteres Zuthun von unserer Seite erst anfängt und erfolgt, so verschwindet jeder reelle Unterschied des gleich arglistigen und oft weit abscheulicheren Beginnens für den, der sich mit den schädlichen Kräften der blinden Natur gleichsam verschworen hat, um den Erfolg hervorzubringen, und es genügt der Beweis der ohne glaubwürdiges Geständniß freilich nur artificiell durch Vorbereitungen und Sicherheitsmaßregeln das eigentliche consilium herstellenden subjectiven Seite, um für die Unterlassung verantwortlich zu machen.

Ein zweiter Grund, welcher, und zwar in einem größeren auch die culpa einschließenden Umfange zu positiver Thätigkeit schon von Rechtswegen verbindet, liegt in der natürlichen Begrenzung einer jeden Befugniß durch die aequitas, welche wir bereits oben berührt haben, daß wir nämlich von der natürlichen Freiheit und von dem eigenen Rechte in der Art Gebrauch machen sollen, daß daneben das gleiche oder gar wichtigere Recht anderer bestehen kann, und daß wir mit dem Ernste eigener Verrichtung jede damit vereinbarliche Rücksicht für fremden Schaden verbinden sollen. Dahin gehören der Baumschneider, der Dachdecker, die etwas herunterwerfen, wo Leute gehen können, ohne „vorgesehen" zu rufen, die

Anlegung von Wolfsgruben, ohne zu warnen, das Anzünden von Stoppelfeldern an einem windigen Tage oder ohne die Flamme gehörig zu bewachen, der Fuhrmann, welcher die Steige herunterfährt, ohne zu sperren u. s. w., und tausend Vorsichten, welche kein Gesetz erschöpfen oder vormessen kann, und die man daher sehr irrig als positive Gebote auffassen würde, während sie unser gemeines Recht nur beispielsweise als damnum iniuria datum hervorhebt, ohne an ein ius singulare zu denken.

Diese beiden Gründe, welche für bloße Unterlassungen verantwortlich machen, der dolus malus und die aequitas, mußten bei der Erörterung unserer Frage, als die einfachsten, vorausgeschickt werden, weil in dem einen Falle durch ein den schlimmen Zweck vorbereitendes oder versteckendes Thun, in dem anderen durch ein für den unschuldigen Zweck unnöthiges überspanntes oder verkehrtes Thun der Urheber der rechtswidrigen Wirkung schon gewiß ist. Zu ihrer allgemeineren Auflösung gehört nun aber die weitere Frage, inwiefern sind wir auch ohne diese Anhaltepunkte verbunden, der schädlichen Kraft der blinden Natur oder anderer Menschen entgegenzuwirken, wer kann diese Hilfe von anderen erwarten, und wer ist dazu verbunden.

So falsch es ist, daß das objective Recht bloße Verbote und keine Gebote einschließe, so gewiß es ist, daß es in der bona fides zwar gegen die Triebfedern gleichgiltig, die constans et perpetua voluntas, ius suum cuique tribuendi, und sogar bei der Ausübung des eigenen Rechtes Interesse für fremdes Recht verlangt, so wahr ist es, daß es die Pflichten der Menschenliebe und Barmherzigkeit enger einschließt, als die Moral. Dem Vermögen anderer zu nützen und den schädlichen Einfluß von Naturkräften auf Sachen abzuwenden, erkennt zwar das erstere für eine verdienstliche Handlung, welche, so weit sie als bloße Dienstfertigkeit, und nicht als unbefugte Einmischung in das uns nicht angehende erscheint, ihm nicht zum Schaden gereichen darf, aber ohne Amt oder Vertrag für freien Willen[24]). Dieß bestätigt die ganze Lehre von der negotiorum gestio, wodurch ja eine Verbindlichkeit zum schuldigen Fleiße erst entsteht, in der Voraussetzung, daß ein anderer guter Freund sich des Nothfalles annehmen und das Geschäft gehörig durchführen konnte. Der Umstand jedoch, daß man unter den besonderen Verhältnissen vielleicht der Einzige war, die Sache zu retten, die sonst zu Grunde gehen mußte, ändert an der Freiwilligkeit der zu leistenden Hilfe nichts, und setzt umgekehrt vielmehr den Grad des Fleißes herab, indem man für das übernommene Geschäft verbindlich wird. So macht man den Finder nur für seine Redlichkeit und nicht im Geringsten dafür verantwortlich, daß er die verlorene Sache liegen ließ, die in der Folge zu Grunde

24) Cf. L. 24. C. de negotiis gestis. Ihre Begrenzung liegt wohl in der Rechtsregel: culpa est, se immiscere rei ad se non pertinenti. Daher muß der negotiorum gestor für die Nasenweisheit, ein Geschäft, das der Abwesende gar nicht zu unternehmen pflegte, in seinem Namen und mit seinem Vermögen unternommen zu haben, dadurch büßen, daß er auch für den casus haftet.

gegangen oder unterschlagen worden ist. Ebenso erklären es unsere altteutschen Spiegel für eine blos gutgeheißene Handlung, wenn man fremdes von dem Hirten verirrtes Vieh eintreibt und übernachtet, um es wieder unter die gemeine Heerde zu treiben, rein nur im Gegensatze dessen, der es in diebischer Absicht thut. Nur solche Naturkräfte, welche als gemein gefährlich nicht nur den einzelnen Eigenthümer, sondern das Publicum, oder nicht blos Eigenthum, sondern auch Leben und Gesundheit bedrohen, wie Feuer- und Wassersgefahr, dürften eine Bürgerpflicht zur möglichen Gegenwirkung und Warnung begründen, welche den blos vorübergehenden, oder den fremden Gast im Wirthshause, welcher in einer Heubühne den glimmenden Funken gewahr wird, den er ohne Mühe auszulöschen vermochte, für den Erfolg verantwortlich macht, wenn niemand in der Nähe war, den er aufmerksam machen konnte und aufmerksam gemacht hat. Indessen würde er, ohne Rücksicht auf seine Motive, gesetzt auch, es geschehe aus der tückischsten Schadenfreude, doch nur einer Feuerverwahrlosung schuldig erscheinen, weil die schädliche Wirkung schon vor seinem Vorsatze angefangen hatte, und nicht, wie es der dolus malus fordert, eine im voraus berechnete war.

Einen allgemeinen Rechtsanspruch an den Beistand Anderer gegen schädliche Einflüsse auf ihre Gesundheit und ihr Leben hat dagegen die Person des Menschen, jedoch nicht wegen bloßer Armuth und Bedürftigkeit, sondern, sofern es ihr wegen ihres Alters oder ihrer körperlichen Gebrechlichkeit physisch unmöglich wird, sich selbst zu rathen und zu helfen. Ein Mensch, der sich, gleichviel ob in Folge erlittener Mißhandlung, eigener Schuld oder reiner Zufälle, in einem solchen Zustande befindet, der am richtigsten dadurch charakterisirt wird, daß er das mögliche Object des Verbrechens der Aussetzung wird, verbindet jeden schon durch seine Eigenschaft als Mensch, zwar so wenig als ein anderer, ihn mit eigener Gefahr gegen verbrecherische Angriffe oder besondere Zufälle, z. B. dem Anfalle wilder Thiere, zu vertheidigen, aber doch zur Sorge, daß er diesem Zustande und seinen unmittelbaren Folgen nicht überlassen bleibe, sei es nun mittelbar durch Anmahnung derer, die der Mensch zunächst angeht, oder Anzeige bei den die Versorgungsanstalten leitenden Obrigkeiten, oder unmittelbar, indem wir ihn selbst in Pflege nehmen, was, so weit Gefahr auf dem Verzuge haftet, und die zu unserem Gebote stehenden Mittel ausreichen, wenigstens vorläufig geschehen muß. Spangenberg (a. a. O.) hat diese allgemeine Menschenpflicht theils zu weit ausgedehnt, nämlich sogar auf Vertheidigung gegen rechtswidrige Angriffe, theils zu enge auf Verwandte und Vormünder beschränkt. Da, wo mehrere gleich gut im Stande sind, sich des Hilflosen anzunehmen, kann sich freilich der Einzelne leicht damit entschuldigen, daß er sich auf andere verlassen habe und bei der Allgemeinheit dieses Rechtsanspruches würde derselbe fruchtlos ausgehen, wenn nicht neben den vielen Berufenen immer wenige auserwählt wären. Um für den unterlassenen Beistand verantwortlich zu machen, wird darum vorausgesetzt, daß man entweder allein helfen konnte, oder doch so vorzüglich dazu berufen war, daß ohne uns der Beistand von anderen gar nicht zu erwarten stand. In letzterer Beziehung ist nun

allerdings die gesetzliche Alimentationspflicht entscheidend, deren Hauptgrund gerade darauf beruht, daß wir durch Zeugung ein freies Wesen, das im zarten Alter sich selbst überlassen zu Grunde gehen muß, in diese hilflose Lage versetzt haben, und deren Versäumung gerade durch die Voraussicht dolos wird, daß es Zufall ist, wenn sich ein anderer desselben annimmt. Allein es genügt dazu auch jede übernommene Pflege nicht als solche, sondern, weil sie auch den Hilflosen der Aufmerksamkeit der Welt entzieht, und in seiner Lage, wo er keinen Dritten anrufen kann, seinen allgemeinen Rechtsanspruch außer gegen uns unfruchtbar macht, ja es genügt jede völlig abgeschlossene Coexistenz von gleicher Wirkung, welche eine dem Nothrechte parallel laufende Nothpflicht herbeiführt. Wer einen Verunglückten auf der Straße findet, oder an einem einsamen, von Menschen entfernten Orte seinen außer Stande die nächste Herberge zu erreichen und vor Hunger verschmachtenden Reisegefährten mit seinem Vorrathe retten kann, ist so gut schuldig, sich seiner nach Vermögen anzunehmen, als wäre er sein nächster Blutsfreund. Ebenso braucht die Weibsperson, die dem von einer Dirne hilflos geborenen Kinde beispringen muß, nicht gerade die Großmutter zu sein. Genug, daß sie mit neugeborenen Kindern umzugehen verstand und die Mutter nicht selbst in dem Stande wußte, sich auf sie verlassen zu können. Daher darf man diese wahre culpa, welche auch ohne Gesetz nach Umständen gestraft werden kann, nicht mit dem Polizeigebote, jedem Nothleidenden, wo es ohne eigene Gefahr möglich, beizustehen, was so gut, als der Beistand gegen Verbrecher ein Gesetz voraussetzt, vermischen. Denn dieses umfaßt ohne Unterschied auch Erwachsene und Gesunde und bezieht sich nicht auf den aus der persönlichen Hilflosigkeit unmittelbar entspringenden allgemeinen Rechtsanspruch an die Menschlichkeit anderer, sich ihrer Hilflosigkeit überhaupt anzunehmen, sondern auf solche Zufälle, welche keine unmittelbaren Folgen der Hilflosigkeit eben so gut jedem anderen begegnen konnten und von dem eigenen Treiben und der eigenen Schuld schwer zu unterscheiden, von dem Rechte als denjenigen, den sie treffen, angehend, betrachtet werden müssen.

Außer diesem physisch hilflosen Zustande gibt es nur noch zwei Ursachen, welche zum Thun verbinden und für die Unterlassung verantwortlich machen, nämlich Eigenthum und unternommenes Werk. So wie jeder andere von seinem Eigenthum ausschließen darf, so ist er auch verbunden, die in demselben liegenden oder schlafenden schädlichen Kräfte zu bewachen. Die unbedingte Haftung für einen durch unser Eigenthum auf einem fremden Rechtsgebiete verursachten Schaden, soferne wir dieses Eigenthum behalten und nicht zugeben wollen, daß sich andere daran bezahlt machen, welche den römischen Noxalklagen, der exceptio gegen die actio ad exhibendum, wodurch wir indirect genöthigt werden, übergefallene Trümmer oder Flöße u. s. w., die auf einen fremden Boden durch irgend einen Zufall geworfen worden, zurückzulassen, und auch dem teutschen Pfändungsrechte zu Grunde liegt, ist zwar so positiv, wie das Eigenthum selbst und es wird hierin nicht überall gleich gehalten. Sie schließt jedoch die dadurch gestärkte natürliche für eigene Versäumnisse

nicht aus, welche allein zurückbleibt, wo es an einem discreten Objecte der Hingebung oder Pfändung fehlt. In dieser Beziehung hat ein im eigenen Hause entstandener Brand, den man zu löschen im Stande war, eine viel strengere Verantwortlichkeit, als die gleiche Unterlassung eines Vorübergehenden, den die Sache nur aus allgemeiner Bürgerpflicht angeht, und kann durch die Motive, wie wenn die Aussicht auf eine reichliche Assecuranz bestimmend wäre, als durch einen dolus subsequens einer wahren Brandstiftung gleichkommen, weil schon in dem Haben eine generelle Verbindlichkeit und Mahnung, Licht und Feuer in seinen gegen fremden Vorwitz, wie gegen fremde Beobachtung abgeschlossenen Wänden zu wahren, vorausgeht. Für den Schaden vom Einsturze baufälliger Häuser u. s. w. macht zwar das römische Recht den Eigenthümer erst dann unbedingt verbindlich, wenn er durch Anmahnung des Nachbarn in Folge einer nicht abzulehnenden Stipulation aufmerksam gemacht worden ist. Obgleich sich nun dieses damit rechtfertigen läßt, daß der Eigenthümer den Werkfehler nicht gekannt haben kann und also unschuldig in doppelten Schaden käme, so ist doch dieser Fall bei entstandener Besorgniß der ungewöhnliche und sowohl die Billigkeit, als die heutige Anwendbarkeit dieses Grundsatzes läßt sich besonders nach entgegenstehenden neueren Verordnungen (Code civil. art. 1386., württemb. Landesordnung S. 179 flg.) bestreiten. Vielleicht liegt die Wahrheit in der Mitte, und die cautio d. inf. ist räthlich, um den Beweis der culpa zu ersparen, aber nicht nothwendig, um Ersatz anzusprechen. Unsere Halsgerichtsordnung Art. 136 hebt insbesondere das Halten schädlicher Thiere hervor. Wer diese hält, muß sie einsperren, und wer sie gar mit sich führt, im Bewußtsein, über ihre Unarten nicht Meister zu sein, gleicht dem Kutscher, der sich des Fahrens untersteht, obgleich er weiß, daß er seine Pferde nicht zu regieren im Stande ist. Denn auch das angefangene Werk, das man auf sich nimmt, zieht die Verbindlichkeit zum Thun nach sich, wodurch es ein Tüchtiger ausgeführt haben würde, und der Arzt, der die Ader schlug und nachher nicht für den gehörigen Verband sorgt, oder in der Besorgung des Kranken nachläßt, ist nicht blos einer Vertragsverletzung oder weil er unter Geldversprechen herbeigeholt wurde, sondern schlechthin eines damni iniuria dati schuldig, auch wenn er sich des Patienten unberufen und aus bloßer Barmherzigkeit annahm. Dieß folgt aus der Untheilbarkeit jeder Handlung und ihrer qualitativen Bestimmung durch ihre Zweckbeziehung, womit sie in die Erscheinung tritt, wenn nicht das begonnene Werk zur Fortführung abgenommen oder abgegeben worden ist. Die schon berührte ganze Lehre von der negotiorum gestio bestätigt dieses, da ja diese kein eigentlicher Contract ist und nur mit dem Mandate verglichen wird, weil dieses damit in der nicht unverfänglichen Freiwilligkeit und in der denkbaren Verdrängung anderer damit die meiste Aehnlichkeit hat.

Das Gegenstück des unternommenen Werkes ist die Genehmigung, welcher die stark ausgedrückte Rechtsregel: in maleficiis ratihabitio mandato comparatur, sogar bei Delicten, die ein anderer begeht, und die wir sonst nicht zu hindern schuldig sind, die Wirkung eigener Ver-

antwortlichkeit beilegt[25]). Da hier von einem Gleichnisse die Rede ist, so versteht es sich von selbst, daß dieses nicht zu weit verfolgt werden darf, wenn es nicht hinken soll. Die Parallelstellen in der L. 1. §. 12. 14. 15. D. de vi et vi armata (43. 16.) beweisen, daß Ulpian, der Meinung des Sabinus et Cassius folgend, zunächst zwar eine schon begangene unerlaubte Handlung, jedoch zugleich folgende nähere Bestimmung im Auge hatte, welche schon aus dem Begriffe des ohne eigenes Interesse nicht denkbaren Mandates folgt. So wie eine Participation an dem durch sie bestrebten widerrechtlichen Vortheile einer That nicht straflos hingehen kann, so fällt diese nachgefolgte Theilnahme mit dem Hauptverbrechen zusammen, da, wo sie, wie die Behauptung des ungerechten Besitzes als reine Fortsetzung des letzteren erscheint. Nicht minder ungezwungen erklärt sich die wissentliche Annahme von gestohlenen Sachen, die man daher wohl von dem, was der Dieb aus ihnen erlöst hat, unterscheiden muß, aus dem römischen furtum als fortgesetzte contrectatio des Diebes, welche diesen selbst in beständige mora versetzt, wohingegen sie sich nach dem teutschen Begriffe in eine bloße Begünstigung verwandelt. Dagegen kann jene Regel nicht so verstanden werden, daß derjenige, welcher über eine ohne sein Zuthun begangene Tödtung eines nahen Anverwandten seine Zufriedenheit bezeigt und in der Freude seines Herzens dessen Erbschaft antritt, welche, da sie nach der nicht mehr ungeschehen zu machenden That ihm von Rechtswegen gehört, kein unerlaubter Vortheil, oder daß derjenige, der von dem Raubmörder einen Theil der erbeuteten Goldstücke annimmt, deren Ausschlagung den Todten nicht wieder zum Leben bringen konnte, ein Mitschuldiger an dem begangenen Morde werde. Sonst hätte das Civilrecht nicht Ursache gehabt, besonders hervorzuheben, daß derjenige, welcher den Tod des Erblassers nicht rächt, zwar nicht sein Erbrecht, wohl aber die Erbschaft verliert, welche ihm der Fiscus entzieht, was also eine Art von Unterlassungsverbrechen bildet. Schon hierher gehörig dürfte der Fall sein, wenn jemand eine Erbschaft antritt, ungeachtet er weiß, daß er gar nicht Erbe ist, weil der nächste Erbe noch lebt, sein bürgerlicher Stand aber von anderen unterdrückt wurde, gewiß aber der angebliche Vater, der für ein untergeschobenes Kind die Erbschaft antritt, mag er auch die von seinem Eheweibe in seiner Abwesenheit begangene Unterschiebung erst hinterdrein erfahren haben, ja diese gestorben sein, da dieses die Fortsetzung des Hauptbetruges zum Nachtheile der nächsten Erben und der einfache Schlüssel zu der bekannten L. 19. §. 1. D. ad Legem Cornel. de falsis ist[26]). Bei dem das Verbrechen erst

25) Jacobi Gothofredi novus in titulum pandectarum de diversis regulis iuris commentarius (Geneval. 1653.) p. 622 sq. (auch in der Drotzischen Ausgabe seiner kleineren Schriften) ist hierüber vorzüglich zu vergleichen: L. 152. §. 2. de Reg. J.

26) Accusatio suppositi partus nulla temporis praescriptione depellitur: nec interest decesserit, nec ne, ea, quae partum subdidisse contenditur. Das letzte spielt deutlich darauf an, daß andere die Unterschiebung fortsetzen können. Denn gegen wen soll die accusatio gehen, wenn sie nicht gegen Lebende gerichtet ist? — Ebenso wird auch die Strafe der

consumirenden Gebrauche einer von einem anderen verfertigten falschen Urkunde kann noch weniger Zweifel hierüber entstehen. Sonst aber kann die Genehmigung nach der von Gothofredus specificirten Analogie des Civilrechtes sich nur auf den verbrecherischen Plan, den verbrecherischen Anschlag oder auf die blos angefangene Handlung des Verbrechens beziehen, welche den anderen in seinem Vorsatze oder in der Ausführung bestärkte. Zum Miturheber macht die Genehmigung nur dann, wenn die That ohne sie gar nicht, oder nicht in der Weise erfolgt wäre, welches nur dann der Fall ist, wenn der Thäter das eine oder das andere von dieser Genehmigung abhängig machte oder nur aus Rücksicht auf uns handelte. Hier kann das bloße Stillschweigen verantwortlich machen, und wir müssen uns hüten, nicht selbst subtil zu werden, indem man Subtilitäten vermeiden zu müssen glaubt, auf die schon der Mann von blos gesundem Verstande verfällt, wo Reden zur Pflicht wird, weil der andere das Schweigen als Billigung auslegen muß. Der unschuldig klingende Ausdruck Anstiftung, den unsere neueren Strafgesetzbücher dem wissenschaftlichen des dolus im weitesten Sinne oder der intellectuellen Urheberschaft substituirt haben, kann leicht auf solche Abwege führen und übersehen lassen, daß schon die Gewißheit des Erfolges zum dolus genügt und man also Miturheber einer That werden kann, ohne gerade Anstifter zu sein. Am wenigsten sollte man Bedenken tragen, den Mandanten für eine Begehungsart, welche zwar nicht nothwendig im Auftrage liegt, aber von dem Mandatar obgleich aus eigener Eingebung doch mit seinem Vorwissen gewählt worden ist, verantwortlich zu machen. Sein Passivverhalten gilt für Genehmigung, und die Entschuldigung: so habe ich es nicht geheißen, wird als dolos mißklingen, sobald er ein Lebenszeichen seiner Mißbilligung zu geben im Stande war. Ist das Beharren beim Auftrage, der jeden Augenblick zurückgenommen werden konnte, keine Handlung? — Und wenn ein erlaubtes Geschäft zur unschädlichen Ausführung verbindet, ist es zu viel verlangt, wenn derjenige, der ein angefangenes schon an sich verbrecherisches Werk nicht auf das Geringere beschränkt, in eine härtere Zurechnung fällt? —

Auf dieselbe blos innere Willensthätigkeit läßt sich auch die eigentliche Anstiftung, oder die Handlung dessen, qui suadet, et impellit atque instruit consilio zurückführen. Wäre das Recht auf äußere Handlungen beschränkt, so hätte man insbesondre Grund an der Verbindlichkeit sowohl, als an der Strafbarkeit dessen, was man blos intellectuelle Urheberschaft nennt, zu zweifeln, da eine unsere Wirksamkeit erweiternde Stellvertretung nicht einmal bei allen erlaubten Handlungen zugelassen ist und noch weniger bei Delicten. Unter jener Voraussetzung müßte also der physische Urheber allein einstehen, sogar ohne Regreß an den, der ihn

---

Doppelehe erst von dem Zeitpunkte an verjährt, wo das erste Weib nicht mehr lebt. Unter die Ausnahmen der L. 20. D. de accus. (48. 2.) gehört der partus suppositus nicht, und die Beziehung auf das wegen der Confiscation auch nach dem Tode des eigentlichen Verbrechers zulässige Criminalverfahren ist also ausgeschlossen.

verleitet hat. Da aber das objective Recht ein Willensgesetz ist, so wird zwar dem physischen Urheber seine Verantwortung nicht abgenommen, aber der geistige Urheber wird, so gut als hätten sie physisch zusammengewirkt, mit verantwortlich, ja er kann sogar allein verantwortlich werden, wenn er den physischen Urheber wegen seiner noch nicht selbst verantwortlichen Handlungsfähigkeit, als Kind u. s. w., oder wegen eines factischen Irrthums, in den er versetzt wurde, als blindes Werkzeug ohne eigene Schuld und Zurechnung gebraucht hat. Die Undurchdringlichkeit der individuellen Schuld schließt die gemeinschaftliche Schuld nicht aus und diese wird in der hier berührten Form freilich nur daraus erschöpfend erklärt, daß der sich selbst bestimmende Mensch nicht nur als Gewohnheitsthier in die Erscheinung fällt, sondern auch als ein geselliges und nachahmendes, das sich vollständig nur mit anderen und in anderen bestimmt, so daß, wie die Sittlichkeit oder die öffentliche Moral vom Einflusse der Gesellschaft auf Erweckung und Erhöhung jeder Gemüthsbewegung abhängt, so auch ihre Kehrseite denselben Einflüssen unterworfen ist, da die böse Lust nicht nur in dem, der empfangen, sondern auch in anderen durch Einimpfung oder Ansteckung, einer Uebermacht fähig, welche leider kein Gedicht ist. Einer näheren Ausführung dieser Materie glauben wir uns jedoch darum überheben zu dürfen, weil dieselbe viel zu anerkannt ist, und nur wenige Streitfragen darbietet, über die man nicht im wesentlichen einig wäre. Damit das, was wir blos intellectuelle Urheberschaft nennen, der Justiz verfalle, ist freilich die Beziehung auf eine äußere Handlung erforderlich, allein es genügt schon die Gewißheit des Subjectes, das sie vornimmt, und des Objectes, das dadurch leidet, werde auch die Begehungsart dem ersteren überlassen, wohingegen auch die letztere für sich, z. B. bei einem dem schon habituirten oder determinirten Verbrecher gegebenen instructiven Rath, ohne die die Ausführung nicht von statten gegangen wäre, sie constituiren kann. Eine Verschmelzung von beiden Urheberschaften bildet das Complott.

Durch ihren tieferen Grund bildet die intellectuelle Urheberschaft den Uebergang zu der letzten Function der rationellen Auffassung einer jeden Handlung, welche sich auf das handelnde Subject bezieht. Dem in Einsfassen dessen, was in dieser Beziehung die empirische sondert und als Gegensatz behandelt, vermögen wir keinen passenderen Namen zu geben, als den einer Consubstantiation. Denn welchen anderen Ausdruck hätten wir für eine solche innige Verbindung dessen, was dem Wesen nach nur als für sich bestehend gedacht werden kann? — Sie ist eine mehrfache, zunächst die Consubstantiation des Leibes mit der Seele oder des organischen Lebens mit dem geistigen, nach welcher schon die Rechtsfähigkeit von der menschlichen Gestalt abhängt, ohne welche der Priester die Taufe versagen wird, und die vollkommene Handlungsfähigkeit, deren Anfangspunkt aus sehr nahe liegenden Gründen durchs Gesetz bestimmt werden mußte, sowohl hinsichtlich der jede Zurechnung ausschließenden Kindheit, als hinsichtlich der noch größere Vorsicht nöthig machenden Unmündigkeit, um ihn als doli capax anzunehmen, durch Geschlechtsreife bedingt ist, über welche hinaus in thesi dagegen keine andere Unzurech-

nungsfähigkeit mehr zugegeben werden kann, ohne Störung des Organs, wodurch die Geistesherrschaft in dieser Welt allein zu wirken vermag. Sodann die Consubstantiation des Individuums mit dem menschlichen Geschlechte und zwar insbesondre mit der bürgerlichen Gesellschaft, in der er lebt. Betrachten wir die Menschheit als ein Ganzes, zusammengesetzt aus dem Leben der Einzelnen, so hat dieses Ganze eben so gut sein Leben, wie das Einzelne. Oder richtiger gesagt, es gibt nur ein Leben, — das Leben der Menschheit dargestellt in der Zeit und in dem Raume in den Millionen vorübergehender individueller Erscheinungen, die wir Menschen nennen und die wir daher immer als vorübergehende Typen oder Repräsentanten jener ewig fortlebenden Idee der Menschheit zu betrachten haben [27]). Nur die Theilnahme an diesem Gesammtleben macht das von ihr nicht abzutrennende Individuum zum Menschen. Einem in der Wildniß unter Thieren aufgewachsenen Menschen, wovon man freilich nur seltene Beispiele hat und auch künftig erleben wird, weil der Mensch ohne die sorgsame Pflege seines Gleichen gewöhnlich umkommen wird, wird, sei auch die menschliche Gestalt und das Alter unverkennbar, niemand Handlungsfähigkeit zugestehen oder eine Zurechnung auf ihn anwenden, bis er sprechen gelernt und sich für den gehörigen Unterricht noch empfänglich gezeigt hat. Der bloße Fremdling kann zwar unter der europäischen Menschheit, deren Civilisation auf einer gleichen Ueberlieferung, Cultur und völkerrechtlichen Gemeinschaft beruht, keinen so auffallenden Unterschied mehr bilden. Allein bei einem durch irgend einen Zufall in unsere Mitte geschleuderten Wilden, der unter ganz anderen religiösen, politischen und rechtlichen Begriffen aufgewachsen ist, dürfte doch der Criminalprozeß ganz eigenthümlichen Schwierigkeiten begegnen, gesetzt auch, daß jener sich uns und wir uns ihm verständlich machen könnten. Auch ohne organische Verbildung würde hier die Frage: mit welchem Maße er zu messen, mehr wie bei Unmündigen zu schaffen machen, und häufig den Rechtsirrthum dem factischen gleichstellen.

Endlich aber begrenzt sich die auf die freie Natur des Menschen gebaute Zurechnungsfähigkeit durch Consubstantiation dieser Freiheit mit der sinnlichen Natur desselben, da das Recht an die erstere nicht fordern darf, was die letztere nicht erträgt. Dahin gehört der psychologische Zwang, vorausgesetzt, daß die Bedingung der L. 15. C. de transact. (2.4.) erfüllt ist, talem metum probari oportet, qui salutis periculum vel corporis cruciatum contineat. Da das Recht auf beide Naturen berechnet sein muß, so kann das Gesetz bei den Staatsbürgern [28]) weder die Geduld

---

27) Toute la suite des hommes pendant tant de siecles doit être considerée comme un même homme, qui subsiste et apprend toujours, sagt Pascal.

28) Vgl. Filangieri B. IV, S. 257 der teutschen Uebersetzung. Thibaut, Beiträge zur Kritik der Feuerbach'schen Theorie S. 43. Dieses ist wenigstens die consequenteste Rechtfertigung der gemeinen Meinung, welche Nothrecht und Nothwehr auf das Subjective bezieht. Mit vielem Scharfsinne

und Tugend eines Märtyrers, noch den Muth und den Ehrgeiz eines Helden voraussetzen und eben so wenig zu einer Alletagspflicht erheben. Eine solche nach dem Gesetze der Sparsamkeit anzuwendende Anstrengung kann nur dem außerordentlichen Berufe des Soldaten, der Magistratspersonen, von denen man Cabinetstapferkeit fordert, der Vaterlandsvertheidigung gegen innere und äußere Feinde und zum Schutze unserer Oberhäupter auferlegt werden, und hat auch unter diesen sehr verschiedene Gradationen der Verantwortlichkeit, welche da, wo die Richter des Factums und des Rechtes getrennt sind, dem ersteren anheimfallen und nach Umständen bald Straflosigkeit, bald Milderung bewirken. In dieselbe Kategorie gehört ein hoher Grad des Affectes, den manche Gesetzgebungen des Alterthums dem casus oder der culpa völlig gleichgestellt haben, während unser gemeines Recht denselben vom dolus nicht ausschließt, als dessen Beweis nur dadurch erschwert wird und deutliche Merkmale bestimmter Absicht erfordert. Endlich diejenigen Gemüthszustände, welche Clarus zweifelhafte nennt, weil noch nicht alle Tendenz zur Zweckmäßigkeit in der Art verschwunden ist, daß sie nicht einmal in der Erscheinung mehr als Handlungen aufgefaßt werden können. Das zur Erläuterung Nöthige wurde bereits oben in der empirischen Betrachtungsweise anticipirt. Eben daselbst haben wir auch bemerkt, daß das Individuelle allezeit in das allgemeine Vernunftbild der Menschlichkeit aufgehen muß, wenn es Berücksichtigung verdienen soll.

Zirkler.

Hannover [1]). Historische Einleitung [2]). Als Spittler gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts unter dem Titel einer Geschichte

---

hat Luden eine andere Ableitung unmittelbar aus dem objectiven Rechte versucht, das sonst in Widerspruch mit sich selbst gerathen würde. Allein seine Ausführung dürfte doch nicht befriedigen, da schon die beifallswürdige Beschränkung von beiden auf dem Selbsterhaltungstriebe und die Bedingungen der actio quod metus causa darauf zurückkommt, daß der subjective Standpunkt die Hauptsache ist, obgleich er sich in das objective Recht einbildet.

1) Seit dem Jahre 1833 besteht ein systematisches Werk über das hannover'sche Recht unter dem Titel: Leitfaden zum Studium des hannover'schen Privatrechtes von Dr. F. B. Grefe. Göttingen. (Erster Theil 1833. Zweiter Theil 1835. — Zweite verbesserte und vervollständigte Ausgabe des ersten Theiles 1838; die des zweiten Theiles wird bald erscheinen.) Dieses treffliche Buch enthält mehr als der Titel verspricht.

2) Die wichtigeren, namentlich die Rechtszustände mit behandelnden, historischen Werke über Hannover oder einzelne größere Gebietstheile sind: P. J. Rethmeier, braunschweig-lüneburg'sche Chronica oder historische Beschreibung u. s. w. III. Braunschw. 1722. Fol. — G. F. Pfeffinger, Historie des braunschweig-lüneburg'schen Hauses und selbiger Landen III. Hamb. 1731. — Origines Guelficae V. Hannov. 1750—1780. — J. Möser, osnabrück'sche Geschichte Th. 1 u. 2. Berlin und Stettin 1780. — Th. 3 (herausgegeben von Stüve) 1824. — Spittler, Geschichte des Fürstenthums Hannover (Gött. 1786), II. (In der Ausgabe der sämmtlichen Werke Spittler's von Wächter VI. u. VII. B.) — Annalen der braunschweig-lüneb. Churlande, herausgegeben von Jacobi und Kraut, IX. Hannover 1787—1795. — Zur Geschichte des Königreichs Hannover in den ersten Jahren nach der Befreiung u. s. w.

nungsfähigkeit mehr zugegeben werden kann, ohne Störung des Organs, wodurch die Geistesherrschaft in dieser Welt allein zu wirken vermag. Sodann die Consubstantiation des Individuums mit dem menschlichen Geschlechte und zwar insbesondre mit der bürgerlichen Gesellschaft, in der er lebt. Betrachten wir die Menschheit als ein Ganzes, zusammengesetzt aus dem Leben der Einzelnen, so hat dieses Ganze eben so gut sein Leben, wie das Einzelne. Oder richtiger gesagt, es gibt nur ein Leben, — das Leben der Menschheit dargestellt in der Zeit und in dem Raume in den Millionen vorübergehender individueller Erscheinungen, die wir Menschen nennen und die wir daher immer als vorübergehende Typen oder Repräsentanten jener ewig fortlebenden Idee der Menschheit zu betrachten haben [27]. Nur die Theilnahme an diesem Gesammtleben macht das von ihr nicht abzutrennende Individuum zum Menschen. Einem in der Wildniß unter Thieren aufgewachsenen Menschen, wovon man freilich nur seltene Beispiele hat und auch künftig erleben wird, weil der Mensch ohne die sorgsame Pflege seines Gleichen gewöhnlich umkommen wird, wird, sei auch die menschliche Gestalt und das Alter unverkennbar, niemand Handlungsfähigkeit zugestehen oder eine Zurechnung auf ihn anwenden, bis er sprechen gelernt und sich für den gehörigen Unterricht noch empfänglich gezeigt hat. Der bloße Fremdling kann zwar unter der europäischen Menschheit, deren Civilisation auf einer gleichen Ueberlieferung, Cultur und völkerrechtlichen Gemeinschaft beruht, keinen so auffallenden Unterschied mehr bilden. Allein bei einem durch irgend einen Zufall in unsere Mitte geschleuderten Wilden, der unter ganz anderen religiösen, politischen und rechtlichen Begriffen aufgewachsen ist, dürfte doch der Criminalprozeß ganz eigenthümlichen Schwierigkeiten begegnen, gesetzt auch, daß jener sich uns und wir uns ihm verständlich machen könnten. Auch ohne organische Verbildung würde hier die Frage: mit welchem Maße er zu messen, mehr wie bei Unmündigen zu schaffen machen, und häufig den Rechtsirrthum dem factischen gleichstellen.

Endlich aber begrenzt sich die auf die freie Natur des Menschen gebaute Zurechnungsfähigkeit durch Consubstantiation dieser Freiheit mit der sinnlichen Natur desselben, da das Recht an die erstere nicht fordern darf, was die letztere nicht erträgt. Dahin gehört der psychologische Zwang, vorausgesetzt, daß die Bedingung der L. 15. C. de transact. (2.4.) erfüllt ist, talem metum probari oportet, qui salutis periculum vel corporis cruciatum contineat. Da das Recht auf beide Naturen berechnet sein muß, so kann das Gesetz bei den Staatsbürgern [28]) weder die Geduld

---

27) Toute la suite des hommes pendant tant de siecles doit être considerée comme un même homme, qui subsiste et apprend toujours, sagt Pascal.

28) Vgl. Filangieri B. IV, S. 257 der teutschen Uebersetzung. Thibaut, Beiträge zur Kritik der Feuerbach'schen Theorie S. 43. Dieses ist wenigstens die consequenteste Rechtfertigung der gemeinen Meinung, welche Nothrecht und Nothwehr auf das Subjective bezieht. Mit vielem Scharfsinne

und Tugend eines Märtyrers, noch den Muth und den Ehrgeiz eines Helden voraussetzen und eben so wenig zu einer Alletagspflicht erheben. Eine solche nach dem Gesetze der Sparsamkeit anzuwendende Anstrengung kann nur dem außerordentlichen Berufe des Soldaten, der Magistratspersonen, von denen man Cabinetstapferkeit fordert, der Vaterlandsvertheidigung gegen innere und äußere Feinde und zum Schutze unserer Oberhäupter auferlegt werden, und hat auch unter diesen sehr verschiedene Gradationen der Verantwortlichkeit, welche da, wo die Richter des Factums und des Rechtes getrennt sind, dem ersteren anheimfallen und nach Umständen bald Straflosigkeit, bald Milderung bewirken. In dieselbe Kategorie gehört ein hoher Grad des Affectes, den manche Gesetzgebungen des Alterthums dem casus oder der culpa völlig gleichgestellt haben, während unser gemeines Recht denselben vom dolus nicht ausschließt, als dessen Beweis nur dadurch erschwert wird und deutliche Merkmale bestimmter Absicht erfordert. Endlich diejenigen Gemüthszustände, welche Clarus zweifelhafte nennt, weil noch nicht alle Tendenz zur Zweckmäßigkeit in der Art verschwunden ist, daß sie nicht einmal in der Erscheinung mehr als Handlungen aufgefaßt werden können. Das zur Erläuterung Nöthige wurde bereits oben in der empirischen Betrachtungsweise anticipirt. Eben daselbst haben wir auch bemerkt, daß das Individuelle allezeit in das allgemeine Vernunftbild der Menschlichkeit aufgehen muß, wenn es Berücksichtigung verdienen soll.

Birkler.

Hannover [1]). Historische Einleitung [2]). Als Spittler gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts unter dem Titel einer Geschichte

---

hat Luden eine andere Ableitung unmittelbar aus dem objectiven Rechte versucht, das sonst in Widerspruch mit sich selbst gerathen würde. Allein seine Ausführung dürfte doch nicht befriedigen, da schon die beifallswürdige Beschränkung von beiden auf dem Selbsterhaltungstriebe und die Bedingungen der actio quod metus causa darauf zurückkommt, daß der subjective Standpunkt die Hauptsache ist, obgleich er sich in das objective Recht einbildet.

1) Seit dem Jahre 1833 besteht ein systematisches Werk über das hannover'sche Recht unter dem Titel: Leitfaden zum Studium des hannover'schen Privatrechtes von Dr. F. B. Grefe. Göttingen. (Erster Theil 1833. Zweiter Theil 1835. — Zweite verbesserte und vervollständigte Ausgabe des ersten Theiles 1838; die des zweiten Theiles wird bald erscheinen.) Dieses treffliche Buch enthält mehr als der Titel verspricht.

2) Die wichtigeren, namentlich die Rechtszustände mit behandelnden, historischen Werke über Hannover oder einzelne größere Gebietstheile sind: P. J. Rethmeier, braunschweig-lüneburg'sche Chronica oder historische Beschreibung u. s. w. III. Braunschw. 1722. Fol. — G. F. Pfeffinger, Historie des braunschweig-lüneburg'schen Hauses und selbiger Landen III. Hamb. 1731. — Origines Guelficae V. Hannov. 1750—1780. — J. Möser, osnabrück'sche Geschichte Th. 1 u. 2. Berlin und Stettin 1780. — Th. 3 (herausgegeben von Stüve) 1824. — Spittler, Geschichte des Fürstenthums Hannover (Gött. 1786), II. (In der Ausgabe der sämmtlichen Werke Spittler's von Wächter VI. u. VII. B.) — Annalen der braunschweig-lüneb. Churlande, herausgegeben von Jacobi und Kraut, IX. Hannover 1787—1795. — Zur Geschichte des Königreichs Hannover in den ersten Jahren nach der Befreiung u. s. w.

des Fürstenthums Hannover einen Zeitraum aus der neueren Geschichte der Fürstenthümer Calenberg und Göttingen beschrieb, hob er es gleich im Anfange seines Werkes als eine Merkwürdigkeit hervor, daß unter allen großen und kleinen Staaten Teutschlands schwerlich irgend einer sei, dessen Verfassung so viele Mannigfaltigkeit besitze und, ohne jemals durch die Hand eines gewaltsamen Staatsreformators zerrissen oder vereinfacht zu sein, schon seit einem halben Jahrtausend sich in so ununterbrochenem Zusammenhange entwickelt habe, wie die Verfassung der teutschen Lande Königs Georg III. von Großbritannien. „Wenn — so fährt er fort — König Georg III. den acht Millionen Unterthanen auf seiner Insel eine neue Taxe auflegen will, so ist blos die Einwilligung eines einzigen Parlamentes nöthig, und unter den zwei Hauptständen, aus welchen diese Versammlung von Nationalrepräsentanten besteht, wird blos die Verwilligung eines einzigen Standes erfordert; aber wenn eben derselbe von seinen sämmtlichen teutschen Unterthanen, welche ungefähr höchstens den zehnten Theil seiner Insulaner ausmachen, eine allgemeine neue Steuer verlangt, so muß mit sechs verschiedenen Parlamenten vorher gehandelt werden, und jedes dieser sechs verschiedenen Parlamente besteht aus mehreren Classen von Landständen gleichwichtiger Rechte und gleichversicherter Privilegien, welche alle, so sehr sonst ihre Vorzüge verschieden sind, um ihre freie Einwilligung hierüber befragt werden müssen. — So schwer und so kostbar eine solche Verfassung zu regieren ist, so wenig sie auch in manchen Fällen den gewöhnlichen Vorzug monarchischer Staaten, Schleunigkeit des Entwurfes und der Ausführung, haben zu können scheint, so ein herrliches Denkmal bleibt sie, wie sehr hier Alles von jeher der freien eigenen Entwickelung überlassen geblieben, wie Zufall und Natur hier in ihrer ganzen Mannigfaltigkeit spielten, und wie sich unter der gewaltigsten Einwirkung äußerer Umstände mehrere Jahrhunderte hindurch bei völlig geänderten äußeren Formen doch kennbare Züge von Verfassung und Sitten erhalten können, wie ungefähr auf dem Gesichte des ausgebildeten Mannes noch manche Züge seiner Jugendphysiognomie zu finden sind." Dieß durchdachte Urtheil des Geschichtsforschers bezeichnet treffend den allgemeinen Charakter einer langen Periode in der Geschichte Hannovers. Um die Zustände, welche Spittler hier nur in einem Umrisse gezeichnet hat, zu erklären, und um die Ursache aufzufinden, welche diesen mannigfaltigen Reichthum eigenthümlicher Verfassungen erzeugte und die freie Entwickelung ganz eigener Rechtsverhältnisse möglich machte, muß man in die Vergangenheit zurückgehen bis auf Heinrich den Löwen. Unter diesem Fürsten war zum letzten Male das große Nationalherzogthum Sachsen in einer Hand vereinigt. Sein Fall hatte eine Zersplitterung des Herzogthums in eine Anzahl kleiner geistlicher und weltlicher Territorien zur Folge, und es begann damit im nördlichen Teutschland jene Auflösung der Verfassung, welche auf Jahrhunderte die Banden zerriß, die Sachsen mit dem Reiche vereinigten. Dem welfischen

---

Gött. 1826. (Rehberg.) — W. Havemann, Geschichte der Lande Braunschweig und Lüneburg II. Lüneb. 1837 und 1838.

Fürstenstamme gelang es zwar, nach dem Verluste des sächsischen Herzogthums aus den eigenen Familienbesitzungen[3]) ein neues Herzogthum zu gründen, indem ein Enkel Heinrich's des Löwen, Otto das Kind, im Jahre 1235 seine Güter dem Kaiser Friedrich II. zu Reichslehen offerirte und sie von diesem mit dem Titel eines Herzogthums Braunschweig-Lüneburg als feudum foemininum zurückempfing[4]). Indeß weit entfernt, daß die Erhebung der welfischen Besitzungen zu einem Herzogthume deren dauernde Vereinigung herbeigeführt hätte, trat schon bald nach dem Tode des Stifters dieses neuen Territoriums eine Theilung unter zwei Söhnen desselben, Albrecht und Johann, ein, und obgleich die Linie des letzten, das sogen. altlüneburg'sche Haus, schon nach einem Jahrhunderte (1369) erlosch, und dadurch dessen Besitzungen an die Linie des ersten, das sogen. altbraunschweig'sche Haus, zurückfielen, wiederholten sich die Theilungen nach den damaligen Successionsrechten in der Regel bei allen Erbfällen so sehr, daß ganze Perioden hindurch die welfischen Stammlande in eine Masse einzelner kleiner Gebietstheile mit besonderen Rechten und Verfassungen aufgelöst erscheinen, Perioden, wo oft ein Nachkomme Heinrich's des Löwen vor dem Ritter und Vasallen nur die Berühmtheit der Abstammung voraus haben mochte.

Es kann nicht unsere Absicht sein, die verwickelte Geschichte der transitorischen Trennungen und Wiedervereinigungen so vieler zerstreuter Länderstrecken hier zu verfolgen. Es wird genügen, auf die Erscheinung selbst hingewiesen zu haben, um zu erklären, wie auf einem kleinen Gebiete des alten Großherzogthums Sachsen, in dessen ganzem Umfange vordem unstreitig eine feste Einheit im Rechte und in der Staatsverwaltung geherrscht hatte[5]), eine große Mannigfaltigkeit besonderer rechtlicher und politischer Institute sich ausbilden konnte. — Nicht unzweckmäßig dagegen dürfte es sein, von da an etwas genauer in die Geschichte zurückzublicken, wo sie anfing eine entgegengesetzte Richtung zu nehmen, wo die abgerissenen Stücke des Herzogthums sich allmälig wieder vereinigten und neue Bestandtheile hinzutraten. Das Königreich Hannover in seinem gegenwärtigen Bestande ist eine Summe einzelner, aus verschiedenen

---

3) Beiläufig mag hier bemerkt werden, daß der welfische Stamm ursprünglich in Niedersachsen gar keine eigenen Güter besaß: seine Besitzungen lagen in Bayern und Schwaben. Durch Verheurathungen und Erbfälle waren allmälig die Brunonischen, Nordheim'schen und Supplingenburgischen Güter auf Gertrud, Tochter des Kaisers Lothar II., gekommen, mit welcher sich Heinrich der Stolze, wegen seiner Mutter Wulfilde bereits Erbe der Billungischen Besitzungen, vermählte. Aus dieser Ehe wurde Heinrich der Löwe geboren, welcher nun alle Güter seiner vier edeln Familien in seiner Person vereinigte.

4) In der Belehnungsurkunde heißt es am Schlusse: Praeterea — — civitatem Brunsvic et castrum Luneborch — univimus et creavimus inde d u c a t u m, et imperiali aucteritate dictum — Ottonem d u c e m et principem facientes, ducatum ipsum in feodum imperii ei concessimus, ad heredes suos filios et filias hereditarie devolvendum. M e i b o m, rerum Germanic. III. 207.

5) Um sich hiervon zu überzeugen, braucht man nur bis auf die Karoling'sche Verfassung zurückzublicken.

Gründen (Beerbung, Lehensanwartschaft, Kauf u. s. w.) nach und nach zusammengebrachter, Provinzen. Man kann das Ganze nicht übersehen, wenn man die Erwerbung des Einzelnen nicht kennen gelernt hat.

Untheilbarkeit und Erstgeburtsrecht kamen erst spät nach manchen schwachen und ungelehrten voraufgegangenen Versuchen im welfischen Fürstenhause zur festen Anerkennung[6]). Es ist das Testament des Herzogs, nachmaligen Kurfürsten Ernst August (reg. von 1679—1698), welches diesen wichtigen Wendepunkt bildet[7]). Schon früher wurden die althannoverschen[8]) Provinzen nur noch von zwei Hauptlinien regiert. Im Jahre 1665 theilten die Herzoge Georg Wilhelm und Johann Friedrich so, daß jener Lüneburg und dieser Calenberg, Göttingen und Grubenhagen erhielt. Auf Johann Friedrich folgte Ernst August, und auf diesen Georg Ludewig, als König von Großbritannien (1714) Georg I. Als Georg Wilhelm 1705 ohne männliche Descendenz starb, fiel Lüneburg an Georg Ludewig, welcher somit die ältesten Provinzen des jetzigen Königreiches[9]), nachdem sie vier und ein halbes Jahrhundert vorher zuerst getheilt worden waren, wiederum vereinigte. Seitdem hat nie wieder eine Trennung stattgefunden. — Im Laufe der Zeit kamen nun aber zu den Stammlanden bedeutende neue Erwerbungen hinzu. Die wichtigeren von ihnen, aus welchen in Verbindung mit dem alten welfischen Erbe das Königreich zusammengesetzt ist, sind folgende: 1) die Grafschaft Hoya[10]). Sie zerfiel in die Ober- und Niedergrafschaft und kam im Jahre 1582, als die Grafen von Hoya ausstarben, als eröffnetes Lehen an das Haus Braunschweig-Lüneburg. — 2) Die Grafschaft Diepholz. Nachdem im Jahre 1585 das Geschlecht der Grafen von Diepholz erloschen war, nahm der Herzog Wilhelm der Jüngere von Lüneburg kraft kaiserlicher Anwartschaft die Grafschaft in Besitz. Sie blieb bei der lüneburg'schen Linie bis zum Jahre 1665, wo sie vom Herzoge Georg Wilhelm an Ernst August, damals erst Bischof von Osnabrück, abgetreten wurde. Dieser behielt sie auch, als er dem Her-

---

6) Spittler, Geschichte II. S. 316, 321 flg.

7) Dieß berühmte Hausgesetz ist bekanntlich niemals ganz durch den Druck zur öffentlichen Kunde gelangt: man betrachtet es zu Hannover als ein wichtiges Staatsgeheimniß. Uebrigens kam es bald unter traurigen Verwirrungen zur Anwendung, und erhielt so zu sagen die Bluttaufe. Man erinnere sich der Verschwörung des Prinzen Maximilians und Moltke's. Schreibt Nachkommen ins Denkbuch der hannover'schen Geschichte, daß die unglücklichste Geheimhaltung der alten Haus- und Familienverträge fast Einführung des Pabstthums, fast völligen Ruin der protestantischen Landesreligion veranlaßt hätte, schreibt ins Denkbuch, daß nie noch ein Fall war, wo freie Publicität geschadet habe, und nie noch wieder ein Fall war, wo unterdrückte Publicität auch nur scheinbar genützt hätte. (Spittler a. a. O. S. 320.)

8) Die neueren Namen dafür sind: Göttingen (Oberwald), Grubenhagen, Calenberg (Land zwischen Deister und Leine), Lüneburg.

9) Des jetzigen Königreichs, indem ein Gebietstheil sämmtlicher alten Provinzen, das gegenwärtige Herzogthum Braunschweig (Wolfenbüttel), noch in diesem Augenblicke von denselben getrennt ist.

10) Rathlef, Geschichte der Grafschaften Hoya und Diepholz. Bremen 1767.

zoge Johann Friedrich in Calenberg, Göttingen und Grubenhagen succedirte. — 3) Das Herzogthum Lauenburg[11]). Mit Julius Franz starb im Jahre 1689 die männliche Linie der Herzoge von (Sachsen) Lauenburg aus. Um die Folge wurde gestritten zwischen Kursachsen, den sächsischen Herzogen ernestinischer Linie, Mecklenburg und dem Herzoge Georg Wilhelm von Lüneburg. Letzterer, welcher seine Ansprüche auf die früheren Rechte zur Zeit Heinrich's des Löwen und auf Erbverbrüderungen gründete, wußte sich im Besitze zu behaupten. Später erfolgte auch die Bestätigung des Kaisers[12]). — 4) Die Grafschaft Bentheim[13]). Sie wurde im Jahre 1752 von dem Grafen Friedrich Carl auf 30 Jahre antichretisch mit der Landeshoheit an Georg II. verpfändet und, nachdem im Jahre 1783 die Pfandschaft für verlängert erklärt, eine Klage des Grafen auf Wiedererlangung von dem Reichshofrathe abgewiesen worden war, durch die Wiener Congreßacte von 1815, Art. 32, dem Königreiche Hannover als mediatisirte Provinz für den Fall untergeben, daß die Auflösung der Pfandschaft erfolgen sollte. Dieselbe geschah darauf einige Jahre später. — 5) Die Herzogthümer Bremen und Verden[14]). Im westphälischen Frieden von 1648 (Art. 10, §. 7, 8 u. 9) wurden das Erzbisthum Bremen und das Bisthum Verden säcularisirt und an Schweden überwiesen, im Jahre 1712 durch die Dänen erobert und 1715 von Dänemark an Hannover für die Summe von 877,000 Rthlr. verkauft. Später, nämlich im Jahre 1719, verzichtete Schweden förmlich auf den Besitz der Herzogthümer gegen Zahlung der Summe von einer Million Thaler. — 6) Das Land Hadeln[15]). Seit dem 12. Jahrhunderte von den Herzogen von (Sachsen) Lauenburg beherrscht, wurde nach deren Aussterben (1689) auch um das Land Hadeln gestritten. Im Jahre 1731 hörte die deßhalb angeordnete Sequestration des Landes Hadeln auf, und dasselbe kam nun an Hannover. — 7) Das Fürstenthum Osnabrück[16]): Nachdem bereits durch die Bestimmung des westphälischen Friedens über die abwechselnde Wahl eines Bischofs aus dem Hause Braunschweig-Lüneburg das Hochstift Osnabrück zu diesem in ein nahes Verhältniß gesetzt war, wurde dasselbe durch den Reichsdeputationshauptschluß vom

---

11) Peter v. Kobbe, Geschichte des Herzogthums Lauenburg. Göttingen 1821.

12) Durch die Wiener Congreßacte und andere Verträge ging bekanntlich Lauenburg mit Ausnahme einiger weniger Aemter für Hannover wieder verloren.

13) Historiae antiquissimae comitatus Benthemiensis libri tres — — — auctore Jungio. Hannov. et Osnab. 1753.

14) Die Herzogthümer Bremen und Verden. Bremen 1757. — Peter v. Kobbe, Geschichte der Herzogthümer Bremen und Verden. Gött. 1824.

15) Hadeleriologia historica, das ist: histor. Bericht von dem Lande Hadeln. Hamb. 1722.

16) Acta Osnabrugensia. (Osnab. 1778.) II. — Stüve, Beschreibung und Geschichte des Hochstiftes und Fürstenthums Osnabrück. Osnab. 1789. — Klöntrup, alphabetisches Handbuch der besonderen Rechte und Gewohnheiten des Hochstiftes Osnabrück (Osnab. 1798—1800), III.

Gründen (Beerbung, Lehensanwartschaft, Kauf u. s. w.) nach und nach zusammengebrachter, Provinzen. Man kann das Ganze nicht übersehen, wenn man die Erwerbung des Einzelnen nicht kennen gelernt hat.

Untheilbarkeit und Erstgeburtsrecht kamen erst spät nach manchen schwachen und ungelehrten voraufgegangenen Versuchen im welfischen Fürstenhause zur festen Anerkennung[6]). Es ist das Testament des Herzogs, nachmaligen Kurfürsten Ernst August (reg. von 1679—1698), welches diesen wichtigen Wendepunkt bildet[7]). Schon früher wurden die althannoverschen[8]) Provinzen nur noch von zwei Hauptlinien regiert. Im Jahre 1665 theilten die Herzoge Georg Wilhelm und Johann Friedrich so, daß jener Lüneburg und dieser Calenberg, Göttingen und Grubenhagen erhielt. Auf Johann Friedrich folgte Ernst August, und auf diesen Georg Ludewig, als König von Großbritannien (1714) Georg I. Als Georg Wilhelm 1705 ohne männliche Descendenz starb, fiel Lüneburg an Georg Ludewig, welcher somit die ältesten Provinzen des jetzigen Königreiches[9]), nachdem sie vier und ein halbes Jahrhundert vorher zuerst getheilt worden waren, wiederum vereinigte. Seitdem hat nie wieder eine Trennung stattgefunden. — Im Laufe der Zeit kamen nun aber zu den Stammlanden bedeutende neue Erwerbungen hinzu. Die wichtigeren von ihnen, aus welchen in Verbindung mit dem alten welfischen Erbe das Königreich zusammengesetzt ist, sind folgende: 1) die Grafschaft Hoya[10]). Sie zerfiel in die Ober- und Niedergrafschaft und kam im Jahre 1582, als die Grafen von Hoya ausstarben, als eröffnetes Lehen an das Haus Braunschweig-Lüneburg. — 2) Die Grafschaft Diepholz. Nachdem im Jahre 1585 das Geschlecht der Grafen von Diepholz erloschen war, nahm der Herzog Wilhelm der Jüngere von Lüneburg kraft kaiserlicher Anwartschaft die Grafschaft in Besitz. Sie blieb bei der lüneburg'schen Linie bis zum Jahre 1665, wo sie vom Herzoge Georg Wilhelm an Ernst August, damals erst Bischof von Osnabrück, abgetreten wurde. Dieser behielt sie auch, als er dem Her-

---

6) Spittler, Geschichte II. S. 316, 321 flg.

7) Dieß berühmte Hausgesetz ist bekanntlich niemals ganz durch den Druck zur öffentlichen Kunde gelangt: man betrachtet es zu Hannover als ein wichtiges Staatsgeheimniß. Uebrigens kam es bald unter traurigen Verwirrungen zur Anwendung, und erhielt so zu sagen die Bluttaufe. Man erinnere sich der Verschwörung des Prinzen Maximilians und Moltke's. Schreibt Nachkommen ins Denkbuch der hannover'schen Geschichte, daß die unglücklichste Geheimhaltung der alten Haus- und Familienverträge fast Einführung des Pabstthums, fast völligen Ruin der protestantischen Landesreligion veranlaßt hätte, schreibt ins Denkbuch, daß nie noch ein Fall war, wo freie Publicität geschadet habe, und nie noch wieder ein Fall war, wo unterdrückte Publicität auch nur scheinbar genützt hätte. (Spittler a. a. O. S. 320.)

8) Die neueren Namen dafür sind: Göttingen (Oberwald), Grubenhagen, Calenberg (Land zwischen Deister und Leine), Lüneburg.

9) Des jetzigen Königreichs, indem ein Gebietstheil sämmtlicher alten Provinzen, das gegenwärtige Herzogthum Braunschweig (Wolfenbüttel), noch in diesem Augenblicke von denselben getrennt ist.

10) Rathlef, Geschichte der Grafschaften Hoya und Diepholz. Bremen 1767.

zoge Johann Friedrich in Calenberg, Göttingen und Grubenhagen succedirte. — 3) Das Herzogthum Lauenburg[11]). Mit Julius Franz starb im Jahre 1689 die männliche Linie der Herzoge von (Sachsen) Lauenburg aus. Um die Folge wurde gestritten zwischen Kursachsen, den sächsischen Herzogen ernestinischer Linie, Mecklenburg und dem Herzoge Georg Wilhelm von Lüneburg. Letzterer, welcher seine Ansprüche auf die früheren Rechte zur Zeit Heinrich's des Löwen und auf Erbverbrüderungen gründete, wußte sich im Besitze zu behaupten. Später erfolgte auch die Bestätigung des Kaisers[12]). — 4) Die Grafschaft Bentheim[13]). Sie wurde im Jahre 1752 von dem Grafen Friedrich Carl auf 30 Jahre antichretisch mit der Landeshoheit an Georg II. verpfändet und, nachdem im Jahre 1783 die Pfandschaft für verlängert erklärt, eine Klage des Grafen auf Wiedererlangung von dem Reichshofrathe abgewiesen worden war, durch die Wiener Congreßacte von 1815, Art. 32, dem Königreiche Hannover als mediatisirte Provinz für den Fall untergeben, daß die Auflösung der Pfandschaft erfolgen sollte. Dieselbe geschah darauf einige Jahre später. — 5) Die Herzogthümer Bremen und Verden[14]). Im westphälischen Frieden von 1648 (Art. 10, §. 7, 8 u. 9) wurden das Erzbisthum Bremen und das Bisthum Verden säcularisirt und an Schweden überwiesen, im Jahre 1712 durch die Dänen erobert und 1715 von Dänemark an Hannover für die Summe von 877,000 Rthlr. verkauft. Später, nämlich im Jahre 1719, verzichtete Schweden förmlich auf den Besitz der Herzogthümer gegen Zahlung der Summe von einer Million Thaler. — 6) Das Land Hadeln[15]). Seit dem 12. Jahrhunderte von den Herzogen von (Sachsen) Lauenburg beherrscht, wurde nach deren Aussterben (1689) auch um das Land Hadeln gestritten. Im Jahre 1731 hörte die deßhalb angeordnete Sequestration des Landes Hadeln auf, und dasselbe kam nun an Hannover. — 7) Das Fürstenthum Osnabrück[16]): Nachdem bereits durch die Bestimmung des westphälischen Friedens über die abwechselnde Wahl eines Bischofs aus dem Hause Braunschweig-Lüneburg das Hochstift Osnabrück zu diesem in ein nahes Verhältniß gesetzt war, wurde dasselbe durch den Reichsdeputationshauptschluß vom

---

11) Peter v. Kobbe, Geschichte des Herzogthums Lauenburg. Göttingen 1821.

12) Durch die Wiener Congreßacte und andere Verträge ging bekanntlich Lauenburg mit Ausnahme einiger weniger Aemter für Hannover wieder verloren.

13) Historiae antiquissimae comitatus Benthemiensis libri tres — — auctore Jungio. Hannov. et Osnab. 1753.

14) Die Herzogthümer Bremen und Verden. Bremen 1757. — Peter v. Kobbe, Geschichte der Herzogthümer Bremen und Verden. Gött. 1824.

15) Hadeleriologia historica, das ist: histor. Bericht von dem Lande Hadeln. Hamb. 1722.

16) Acta Osnabrugensia. (Osnab. 1778.) II. — Stüve, Beschreibung und Geschichte des Hochstiftes und Fürstenthums Osnabrück. Osnab. 1789. — Klöntrup, alphabetisches Handbuch der besonderen Rechte und Gewohnheiten des Hochstiftes Osnabrück (Osnab. 1798—1800), III.

25. Februar 1803 (§. 4) an Hannover als erbliches Fürstenthum überwiesen. — 8) Die Niedergrafschaft Lingen und die sogen. münster'schen Absplissen, welche von Preußen kraft des Art. 27 der Wiener Congreßacte vom 9. Juni 1815 an Hannover abgetreten wurden. — 9) Die Kreise Meppen und Emsbühren. Sie waren früher Theile des Bisthums Münster, wurden bei Regulirung der teutschen Indemnitäten jener an den Herzog von Aremberg, dieser an den Herzog von Looz-Corswaren überwiesen [17]), und fielen in Gemäßheit der Wiener Congreßacte (Art. 32) vom 9. Juni 1815 an das Königreich Hannover. — 10) Das Fürstenthum Hildesheim [18]). Durch den Reichsdeputationshauptschluß (§. 3) wurde das Bisthum Hildesheim säcularisirt und mit der Stadt Hildesheim Preußen einverleibt, von diesem aber im Jahre 1813 an Hannover abgetreten. — 11) Die Stadt Goslar. Von der zu Regensburg im Jahre 1802 versammelten Reichsdeputation Preußen zuerkannt, überließ dieses laut der Wiener Congreßacte und anderer Verträge jene ehemalige Reichsstadt an Hannover. — 12) Das Fürstenthum Ostfriesland und das Harlingerland [19]). Nach dem Tode des letzten Fürsten (Häuptlings) von Ostfriesland, Carl Edzard, im Jahre 1744, nahm Preußen auf den Grund kaiserlicher Eventualbelehnung und Anwartschaft das Land in Besitz. Im Jahre 1815 trat Preußen dasselbe an Hannover ab. — 13) Der hannover'sche (nördliche) Theil des Eichsfeldes, früher zu dem Erzbisthum Mainz gehörend, dann während der Regulirung der Entschädigungen 1802 von Preußen in Besitz genommen, kam endlich im Jahre 1816 an Hannover. — Dieß sind die Gebietstheile, welche im Laufe der Zeit zu dem alten welfischen Erbgute hinzutraten, und mit diesem zusammengenommen das Königreich Hannover bilden. Manches darunter ist früher selbst schon Theil des Stammgutes gewesen, aber davon abgerissen worden. Wir haben in der bisherigen Darstellung der französischen Occupation als eines vorübergehenden Zustandes, welcher keine dauernde Verluste zur Folge hatte, nicht gedacht. Für Hannover waren die darauf folgenden Befreiungskriege die Quelle beträchtlicher Vergrößerungen. Meppen, Lingen, Emsbühren, Hildesheim, Goslar, Ostfriesland, Eichsfeld sind mehr als Ersatz für das an Preußen abgetretene Lauenburg. Wenn man bedenkt, daß die Kurlande wohl um ein Dritttheil vergrößert wurden, so mochte die neue Königskrone für den ganzen Umfang alter und neuer Länder als keine zu schwere Last erscheinen.

Der innere Zustand der Kurlande, worüber wir oben eine treue Skizze Spittler's mittheilten, dauerte im wesentlichen fort bis zur Zeit der westphälischen und französischen Herrschaft. Diese führte eine

---

17) Reichsdeputationshauptschluß vom 25. Februar 1803 §. 3.

18) Lauenstein, historia diplomatica episcopatus Hildesiensis. Hildesh. 1740. — Beiträge zur Hildesheim'schen Geschichte (Hildesh. 1829 und 1830), III. — H. A. Lüntzel, die ältere Diöcese Hildesheim. Hildesh. 1837.

19) Wiarda, ostfriesische Geschichte. Aurich 1791—1817. (10 B.)

vollständige Umwandelung der bestehenden Einrichtungen herbei. An die Stelle des gemeinen und Provinzialrechtes trat französisches Recht, die ganze Staatsverfassung und Verwaltung, die alten Steuersysteme, die Einrichtungen in den Provinzen, Gemeinden und Corporationen wurden aufgehoben und abgeändert, das Lehenswesen abgeschafft, die Lasten des Grundeigenthums, Bann- und Zwangsrechte theils mit, theils ohne Entschädigung der Berechtigten abgelöst. Nach der Vertreibung des Feindes, welcher Alles in Verwirrung zurückließ, sollte eine andere Ordnung gemacht werden. Die Gesetzgebung zeigte sich bald sehr thätig in der Wiederherstellung alter Rechte und Mißbräuche. Es ist hier nicht der Ort, alle die gerechten und ungerechten Schritte in Beziehung auf Verfassung, Verwaltung, Domanialwesen, Rechtspflege, Steuer- und Gewerbssachen zu betrachten[20]). Nur die wichtigsten Maßregeln, sofern sie auf die gegenwärtigen Rechtszustände Bezug haben, können hier nicht umgangen werden.

Eines der denkwürdigsten Actenstücke jener Zeit ist die Note des hannover'schen Ministers Grafen Münster auf dem Wiener Congresse vom 21. October 1814. Es wird darin unter Anderem ausgesprochen: der Grundsatz, daß der Verfall der teutschen Reichsverfassung auch den Umsturz der Territorialverfassung teutscher Staaten (insofern diese nicht Punkte betraf, die ausschließlich ihr Verhältniß mit dem Reiche bezweckten) im rechtlichen Sinne nach sich ziehe, läßt sich keineswegs zugeben. Es lag hierin eine Anerkennung der alten politischen Rechte der Unterthanen, die um so mehr Achtung verdient, als man sich anderwärts wohl auf die andere Theorie von einer in Folge der Auflösung des Reichsverbandes neu entstandenen absoluten Fürstenmacht berufen hat. Ganz im Gegensatze mit dem anerkannten Principe, aber gewiß aus sehr dringenden Gründen[21]), wurde durch einen einseitigen Erlaß der Regierung vom 12. Aug. 1814 eine am 15. December zu eröffnende allgemeine Ständeversammlung berufen, und die Rechte der Provinzialstände, so weit sie allgemeine Landesangelegenheiten betrafen, auf die neue aus einer Kammer bestehende Versammlung übertragen. Den Provinzialständen war damit, ohne daß sie deßhalb gefragt worden wären, das edelste Stück ihrer alten und urkundlichen Rechte abgeschnitten. Der neue Landtag bestand aber in überwiegender Mehrzahl aus ritterschaftlichen Deputirten, Staatsbeamten und Magistratsmitgliedern. Zugleich wurde in der Verordnung der Grundsatz wiederholt, daß es keineswegs die Absicht sei, die Verfassung des Landes, so weit sie gegenseitige Rechte und Verbindlichkeiten des Landesherrn und der Unterthanen in sich fasse, abzuändern. Das wichtigste, was die Versammlung im Laufe ihrer Sitzung beschloß, war die Vereinigung sämmtlicher Schulden und Lasten des Landes in eine Masse. Das Jahr 1818 rief endlich auch die Provinzialstände ins Leben zurück, indem dieselben durch ein Regierungsrescript vom 19. October in ihrem nun

---

20) Vgl. (Rehberg) zur Geschichte Hannovers.
21) Rehberg a. a. O. S. 103 flg.

viel untergeordneteren Wirkungskreise wieder hergestellt wurden. — Bedeutsamer noch wurde das Jahr 1819. In dieser für die Entwickelung der inneren politischen Verhältnisse Teutschlands sehr ungünstigen Zeit beschloß ganz unerwartet die Regierung die Trennung des Landtages in zwei Kammern. Es wurden der Versammlung deßfallsige Vorschläge gemacht. In dem merkwürdigen Rescripte des Prinz Regenten vom 5. Januar 1819 (contrasignirt vom Grafen Münster) heißt es unter Anderen: Es kann Unsere Absicht nicht sein, eine neue Verfassungsurkunde entwerfen zu wollen. Die Unverletzlichkeit der zwischen Regenten und Unterthanen — hergebrachten und durch lange Erfahrung bewährten Verhältnisse ist allen auf bloße Theorie gebauten Versuchen um so mehr vorzuziehen u. s. w. Hernach wird denn die Trennung in zwei Kammern noch durch den Umstand motivirt, daß auch die Provinzialstände in verschiedenen Curien oder Kammern sich berathen haben. Und endlich werden auch, da „nicht blos Verehrung alten Herkommens" zu der Einführung des Zweikammersystems bewogen hat, theoretische Gründe dafür angeführt[22]). Die Kammer sprach sich in ihrer Mehrheit zwar gegen das Zweikammersystem aus, allein die Regierung erließ ein die Anträge dieser Mehrheit tadelndes Rescript an die Provinziallandschaften[23]), und führte, wenn auch gegen den Willen der Ständeversammlung, so doch ohne Widerstand die neue Verfassung ein. Die erste Kammer war gebildet aus einzelnen Prälaten, den Standesherren und den Deputirten der Ritterschaften; die zweite aus Deputirten der Stifter, Städte, Flecken und freien Grundbesitzer. In ihren Rechten sollten beide Kammern gleich sein. Die wesentlichen Befugnisse der Kammern sollten sein: Bewilligung und Mitverwaltung der Steuern, das Recht der Beschwerde und Vorstellung, so wie der Zuratheziehung bei Gesetzen. Was man auch über die anfängliche Rechtsbeständigkeit der gegen den Willen des Landtages eingeführten neuen Verfassungsform urtheilen mag, so trat sie ohne Zweifel mit dem Jahre 1820 unter den Schutz des Art. 56 der Wiener Schlußacte.

In dem Patente vom 7. December 1819 waren die Grundzüge der Verfassung angegeben. Dieselbe bestand[24]) bis zur Erlassung des

---

22) Es ist eine ganz eigenthümliche Erscheinung, in den Erlassen der Regierung so oft die Versicherung wiederholt zu finden, daß keine Veränderung der Verfassung beabsichtigt werde, während die wichtigsten Aenderungen thatsächlich vorgenommen wurden; zu lesen, daß altes Herkommen beibehalten werden solle, während das neue Zweikammersystem auch mit keinem Herkommen irgend einer Provinz übereinstimmte.

23) In diesem Rescripte vom 26. October 1819 heißt es über die Oeffentlichkeit: Unter den von fremden Nationen entlehnten Neuerungen ist keine, die auf eine ruhige und dem Zwecke angemessene Behandlung der ständischen Berathungen nachtheiliger als die begehrte Oeffentlichkeit der Sitzungen wirken dürfte. Bei der Eröffnung der ersten allgemeinen Ständeversammlung hatte aber der Herzog von Cambridge gesagt: Die Ständeversammlung soll den Hannoveranern dasselbe sein, was für Großbritannien das Parlament. Vgl. auch Note 7.

24) Ueber die Rechtszustände Hannovers in dieser Zeit und bis zum Jahre 1832 vgl. Stüve, über die gegenwärtige Lage des Königreichs Hannover. Jena 1832.

Staatsgrundgesetzes vom 26. September 1833. Das Staatsgrundgesetz wurde aber wieder für erloschen erklärt von dem König Ernst August mittelst Patentes vom 1. November 1837. Am 6. August 1840 erließ derselbe unter dem Namen Landesverfassungsgesetz eine neue Verfassung[25]). —

Bevor wir uns zu einer Uebersicht des hannover'schen Particularrechtes selbst wenden, ist noch eine Bemerkung voranzuschicken über die örtlichen Grenzen der allgemeinen in Hannover geltenden Rechtsquellen. Erst nach einem langen Kampfe gelangte das römische Recht in den hannover'schen Provinzen im 15. und 16. Jahrhunderte zur festen Anerkennung. Es fehlt selbst nicht an Gesetzen und Verordnungen, welche die Anwendung des römischen Rechtes ausdrücklich vorschreiben und das Sachsenrecht abschaffen[26]). In einzelnen Provinzen gilt aber statt des fremden subsidiarischen Rechtes das preußische Recht, und zwar: 1) in der Niedergrafschaft Lingen und den sogen. münster'schen Absplissen; 2) in dem Fürstenthume Ostfriesland und dem Harlingerlande; 3) auf dem Eichsfelde.

Wir betrachten nun zuerst das eigentliche Privatrecht[27]) und beginnen

I. mit dem Sachenrechte. 1) Eigenthum. Zu den wenigen besonderen Rechtsregeln, welche sich auf das Eigenthum beziehen, gehören: a) die durch einige landesherrliche Verordnungen (von 1712, 1733 und 1736) für die ältesten Provinzen getroffene Bestimmung, daß das Eigenthum (so wie auch andere dingliche Rechte) an bürgerlichen (d. h. in die städtischen Kataster eingetragenen und abgabepflichtigen) Grundstücken erst erworben werden soll durch Anmeldung bei der städtischen Obrigkeit. Theils ist diese unbedingt vorgeschrieben für alle Arten des Erwerbes (z. B. auch Beerbung), theils ist sie beschränkt auf Fälle des Vertrages. b) Die durch einige Statuten und Gewohnheit aus dem älteren teutschen Rechte erhaltene gerichtliche Auflassung in der Regel mit der Wirkung der Verjährung von Jahr und Tag (z. B. in den

---

25) Die genauere Geschichte und Beurtheilung des rechtlich noch unentschiedenen hannover'schen Verfassungskampfes gehört nicht für das Rechtslexikon. Es wird der Aufgabe dieses Werkes entsprechen, die Grundzüge beider Constitutionen und ihre Verschiedenheiten und Gegensätze darzustellen. Hievon wird unten bei dem öffentlichen Rechte die Rede sein. Aus der reichen Literatur über den obigen Gegenstand ist hervorzuheben: Vertheidigung des Staatsgrundgesetzes. Herausgegeben von Dahlmann. — Hannover'sches Portfolio. Bis jetzt 4 Bände. Stuttgart 1839—1841. — Die von Dahlmann herausgegebenen Rechtsgutachten. — Rotteck und Welcker, Staatslexikon Art. Hannover.

26) Grefe a. a. O. I. S. 13—18.

27) Folgende großentheils das hannover'sche Recht betreffende Schriften stehen bei den Gerichten und Practikern des Landes in großem Ansehen und werden häufig als Auctorität benutzt: Pufendorfii observationes iuris — IV. — Strube, rechtl. Bedenken V. (Neu herausgegeben von Ernst Spangenberg.) — v. Bülow und Hagemann, practische Erörterungen X. — v. Berg, juristische Beobachtungen und Rechtsfälle IV. — v. Ende, vermischte juristische Abhandl. — v. Ramdohr, juristische Erfahrungen u. s. w. III.

Städten Hannover, Lüneburg, Celle)[27a]. c) Die Entscheidung einer Verordnung vom 29. October 1822, daß zur Erwerbverjährung gegen die Städte ein Zeitraum von 30 Jahren genügen soll. — 2) Lehen [28]. Die wichtigsten particularrechtlichen Normen sind folgende: a) laut eines Vertrages zwischen den Herzögen Christian Ludewig und Georg Wilhelm vom 10. Juli 1646 sollen die Expectanzen auf landesherrliche Lehen nur auf die Söhne ersten Grades übergehen. b) Aus dem früheren teutschen Rechte, welches bei Sonderlehen nur eine Erbfolge der Söhne gestattete, und die Seitenverwandten von der Succession ausschloß, hat sich in den älteren Provinzen der durch die hannover'schen Gerichte und Rechtslehrer anerkannte Satz erhalten, daß die Agnaten zur Conservation der Erbfolge der Coinvestitur bedürfen [29]. c) Die freiwillige Gerichtsbarkeit wird bei Kronlehen von einer Abtheilung des Ministerium, bei Privatlehen entweder von den Lehensherren selbst, oder deren Mandataren, sogen. Lehenssecretären, ausgeübt; die streitige Gerichtsbarkeit ist dagegen allenthalben an die ordentlichen Gerichte übergegangen. Nach Entscheidungen der Gerichte und nach den Ansichten hannover'scher Rechtslehrer ist das Gericht competent, in dessen Bezirke der Lehenshof liegt; bei feudis extra curtem steht die erste Instanz dem auswärtigen Lehensgerichte zu, die Appellation aber dem einheimischen höheren Gerichte [30]. d) Der Gerichtsgebrauch hat sich immer dafür entschieden, daß der Lehensfolger subsidiär verpflichtet sei, Wittwe, Töchter und Schwestern des verstorbenen Vasallen zu alimentiren [31]. e) Durch eine Verordnung vom 24. Mai 1822 und Declaration vom 31. December 1827 ist das sogen. Linealgradualsystem zur gesetzlichen Successionsordnung erhoben. — Schon in dem Staatsgrundgesetze vom 26. September 1833 wurde §. 29 ein Gesetz über die Ablösbarkeit der Lehensverhältnisse in Aussicht gestellt. In Folge der grundgesetzlichen Bestimmung erschien am 13. April 1836 ein die Ablösung des Lehensverbandes gestattendes Gesetz, dessen wesentlicher Inhalt dieser ist: auf den Antrag der Vasallen sind alle im Königreiche belegenen Lehen der Allodification unterworfen, mit Ausnahme der landtagsfähigen Lehengüter, welche einen jährlichen Reinertrag von wenigstens 1200 Rthlrn. gewähren; ferner derjenigen Lehen, deren Gegenstand in Geldsummen besteht; ferner derjenigen, die auf vier oder weniger Augen stehen; endlich mit Ausnahme der sogen. Scharfrichterlehne und Cavillereilehne. Die Allodification findet nur gegen Entschädigung des Lehensherren für die Lehenwaare, den Heimfall und die übrigen lehensherrlichen Rechte statt.

27a) A. Leonhardt, zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigenthum u. s. w. 1843.

28) Hagemann, analecta iuris feudalis brunsvico-luneburgici. — Hagemann, Beiträge zum braunschw.-lüneb. Lehnrechte.

29) Strube a. a. O. I, 88. — Bülow und Hagemann a. a. O. VII, 13.

30) Strube a. a. O. I, 113. (Ausg. von Spangenberg III. S. 394 u. 395 und die Note daselbst.)

31) Strube a. a. O. I, 57. — v. Bülow und Hagemann a. a. O. VI, 5. S. 48.

Nach geschehener Allodification sind alle Rechte der Agnaten, Lehensfolger und Expectivirten auf das Lehen erloschen, ausgenommen das Recht der einmaligen Succession, dergestalt, daß in dem ersten Erbfalle nach der Allodification die Lehenrechte noch einmal die Succession bestimmen. Dem gesetzlichen Verfahren vor der Allodificationscommission muß ein Antrag des Vasallen an den Lehensherrn auf Ablösung im Wege des Vergleiches vorausgehen. — Zugleich ist in diesem Gesetze die bekannte Streitfrage über das Revocationsrecht der Descendenten eines veräußernden Vasallen dahin entschieden, daß hinsichtlich der vor Publication des Gesetzes geschehenen Veräußerungen und sonstigen Verfügungen über ein Lehen die Nachfolger in gerader Linie an die Handlungen der Vorfahren gebunden und diese nie aus dem Principe der successio ex pacto et providentia maiorum anzufechten berechtigt sein sollen; wogegen die Descendenten die nach Publication des Gesetzes vorgenommenen, nach gemeinem Lehnrechte nichtigen, Veräußerungen, so wie sonstige Verfügungen jeder Art, welche die Nachfolger ihres Rechtes am Lehen berauben, anzuerkennen nicht verpflichtet sind, während sie auf der anderen Seite sich der ihnen vermöge ihrer Eigenschaft als Allodialerben obliegenden etwaigen Entschädigungsverbindlichkeit nicht entziehen, und eben so wenig die Bezahlung der von den Ascendenten contrahirten Schulden, oder die Anerkennung der von denselben blos in Beziehung auf die Benutzung des Lehens gemachten Dispositionen verweigern können. — 3) Bauergüter. A. Insofern sie einem gutsherrlichen Verbande unterliegen. — Die Arten dieser Güter sind sehr verschieden. Die Mannigfaltigkeit der darauf bezüglichen Rechtsverhältnisse kann als ein Seitenstück betrachtet werden zu derjenigen, welche früher in den Verfassungszuständen der einzelnen Provinzen herrschte. Wie die letztere in Folge der Ausdehnung der landesherrlichen Gewalt und allgemeiner neuer Gesetze immer mehr der Einheit im Staate sich genähert hat, so werden die Ablösungsgesetze allmälig eine größere Einförmigkeit in den Güterverhältnissen der Bauern erzeugen und dadurch also auch von dieser Seite her die provinziellen Eigenthümlichkeiten des Landes verringert werden. Unter allen Arten dieser Güter sind es vorzugsweise die sogen. Meiergüter, deren Verhältnisse am meisten durch Wissenschaft und Gesetze ausgebildet und festgestellt sind [32]). Die

32) Literatur: Struben, commentatio de iure villicorum. — Benecke, Grundsätze des Meierrechtes in den braunschw.-lüneb. Churlanden. — J. Plate, Bemerk. über das Meierrecht im Fürstenthum Lüneburg, vermehrt herausgegeben von Hagemann. — Gesenius, das Meierrecht mit vorzüglicher Rücksicht auf den wolfenbüttel'schen Theil des Herzogth. Braunschw.-Lüneb. — Küntzel, die bäuerlichen Lasten im Fürstenthum Hildesheim. — v. Bülow und Hagemann a. a. O. IX. S. 157—286. — Quellen: 1) für das Fürstenthum Calenberg eine eigene Meierordnung v. 12. Mai 1772; 2) für das Fürstenthum Göttingen mehrere einzelne Verordnungen; 3) für das Fürstenthum Lüneburg die Polizeiordnung von 1618 und andere Verordnungen; 4) für das Fürstenthum Hildesheim Polizeiordnung von 1665 und andere Verordnungen. Außerdem für andere Provinzen mehrere einzelne Verordnungen. Vgl. Grefe a. a. O. II. S. 116—123.

wesentlichen Grundsätze dieses Meierrechtes sind folgende: Die dingliche Natur des Rechtes und die Erblichkeit desselben ist, wiewohl nach manchen Kämpfen mit den Gutsherren [83]), regelmäßig dem Meier eingeräumt. Die Lasten der Meier, welche bald in Fruchtprästationen, bald in Geldabgaben, bald in Diensten bestehen, sind sehr verschieden. Eine Bemeierung, d. h. der Vertrag, wodurch dem Bauer an dem Gute das Meierrecht verliehen oder confirmirt wird, findet fast überall statt; die Calenberg'sche Meierordnung verpflichtet den Gutsherrn zur Ertheilung derselben ausdrücklich. In der Regel muß von dem Meier bei Ausstellung des Meierbriefes ein Weinkauf an den Gutsherrn entrichtet werden, dessen Größe und Art auf dem Herkommen beruht. Aus Gründen des öffentlichen Wohles kommt hin und wieder (z. B. in der Calenberg'schen Meierordnung und in einer Hildesheim'schen Verordnung von 1766) die Vorschrift vor, daß die Gutsherren die erledigten Meierhöfe nicht einziehen, sondern wieder mit einer Bauerfamilie besetzen sollen. Der Meier hat ein ausgedehntes Nutzungsrecht, aber in der Regel muß er den Hof selbst bewirthschaften. Eine Veräußerung ist bei Strafe der Nichtigkeit und in der Regel unter Androhung der Abmeierung verboten. Ueber die Remission der Meiergefälle wegen Unglücks existiren mehrere Verordnungen. Die gewöhnlichen Gründe, welche den Meier zu einem Anspruche auf geringere oder größere Remission berechtigen, sind: Mißwachs, Hagelschlag, Mäusefraß und andere Feldschäden. Die Fälle, in welchen der Meier seines Hofes entsetzt werden kann, sind gesetzlich bestimmt; das Verfahren geschieht vor dem Richter in summarischer Procedur. — In allen hannover'schen Provinzen ist Untheilbarkeit der Meiergüter bei der Succession in dieselben vorgeschrieben und die Tüchtigkeit des Anerben eine nothwendige Bedingung zur Erbfolge. Die Ordnung der Succession ist in den einzelnen Provinzen verschieden. Nach der Calenberg'schen Meierordnung soll der Gutsherr unter den nach gemeinem Rechte gleich Nahen den Anerben nach Gefallen wählen dürfen; wenn Einer allein der Nächste ist, so ist dieser Erbe. In dem Fürstenthume Grubenhagen besteht in Ermangelung besonderer Gesetze mitunter die Gewohnheit, daß das jüngste Kind das Kürrecht hat. Im Fürstenthume Hildesheim bestimmt der Meier selbst, welches Kind Anerbe werden soll. Nach einer Verordnung von 1781 soll der Gutsherr, aber ohne Zweifel nur in den Fällen, wenn keine Disposition des Meiers vorhanden ist, den Anerben wählen, jedoch den Söhnen vor den Töchtern den Vorzug geben. Für das Fürstenthum Lüneburg ist in einer Verordnung von 1702 festgesetzt, daß die Söhne den Töchtern und unter beiden wieder der Aeltere dem Jüngeren vorgehen soll. — Außer den Meiergütern gibt es noch, namentlich im Lüneburg'schen und in der Grafschaft Hoya, sogen. Schillingsgüter (bona solidaria), die sich

83) Hohe Anerkennung gebührt dem Andenken Struben's, der mit Gründlichkeit und männlichem Muthe die Rechte der Meier im Fürstenthum Hildesheim gegen die Anmaßungen der Gutsherren vertrat. Vgl. hierüber und über die damals verhandelten Streitschriften Spangenberg's Vorrede zu der neuen Ausgabe der rechtl. Bedenken.

von jenen fast nur dadurch unterscheiden, daß der antretende Bauer dem Gutsherrn einige Schillinge als Handgeld entrichten muß[34]). — Ferner Hägergüter und Meierdingsgüter; beide haben ihren Namen von der alten Gerichtsverfassung (Haggericht, Meierding); sie unterscheiden sich wenig von den eigentlichen Meiergütern und kommen hin und wieder in Hildesheim und Calenberg vor[35]). — B. Insofern sie frei sind vom gutsherrlichen Verbande. Besondere Rechtsregeln über die freien Bauergüter (Erbgüter, Erbhöfe) sind wenig vorhanden. Einzelne Verordnungen verbieten in mehreren Provinzen die Zersplitterung der Güter. In der Regel aber sind sie der Theilung unterworfen und die Succession ist die gemeinrechtliche. — 4) Stamm- und Familienfideicommißgüter. Während in den übrigen Provinzen die Rechtsregeln über diese Güter fast lediglich auf gemeinem Rechte, Familienverträgen und Herkommen beruhen, besteht für die Ritterschaft in Bremen eine besondere Ordnung unter dem Namen: Bremisches Ritterrecht[36]). Grundzüge desselben sind: die Güter sind untheilbar; eine Veräußerung ist zwar nicht verboten, doch soll der Besitzer dem nächsten Agnaten Anzeige machen und dieser soll das Recht des Retractes haben. Kinder berüchtigter Personen sind von der Succession ausgeschlossen, nicht aber die plene Legitimirten. Zuerst succediren die Agnaten nach der Ordnung des Civilrechtes, und erst wenn keine Agnaten vorhanden sind, folgen die Cognaten gleichfalls nach dem Civilrechte. Unter gleich Nahen kann der Besitzer bestimmen, sonst entscheidet das Loos. — In dem bereits oben erwähnten Allodificationsgesetze vom 13. April 1836 sind zugleich Bestimmungen enthalten über die Stiftung immerwährender Familienfideicommisse. Einem jeden Lehensbesitzer steht es frei, mit seinem Lehen ein Familienfideicommiß oder Majorat (welche Ausdrücke nach dem Gesetze gleichbedeutend sein sollen) zu errichten. Nur in dem Falle, da keine lehensfähigen Descendenten vorhanden sind, ist zur Giltigkeit der Disposition die Einwilligung der Folgeberechtigten nothwendig. Ein solches Fideicommißgut muß einen jährlichen Reinertrag von wenigstens 1200 Rthlr. gewähren. Dasselbe bleibt stets untheilbar, und es muß die Ordnung der Primogenitur eingeführt werden. Es darf weder veräußert, noch mit Schulden beschwert werden. Die Stiftung tritt erst in Kraft, nachdem die darüber von dem Stifter errichtete Urkunde vom König oder in dessen Namen und auch lehensherrlich bestätigt und ein Auszug daraus öffentlich bekannt gemacht ist. Auf ähnliche Weise können auch mit Allodialgütern Fideicommisse errichtet werden. — 5) Servituten und Reallasten. Im allgemeinen beruhen die Grundsätze über Servituten und Reallasten auf dem gemeinen Rechte. Hervorzuheben sind hier einige Verordnungen von Georg I. (1700, 1701, 1708, 1720), nach welchen bei Berechnung

---

34) Pufendorf, observationes T. III. obs. 31.

35) Strube a. a. O. V, 93. 119.

36) Es entstand 1577, wurde im 18. Jahrh. revidirt und durch König Georg II. bestätigt. Abdruck bei Pufendorf, observ. IV. opp.

der geschlossenen Zeiten rücksichtlich des Hut- und Weiderechtes nicht mehr der alte (Julianische), sondern der neue (Gregorianische) Calender zum Grunde gelegt werden soll[37]). Ferner mehrere Verordnungen über die Schonung der mit Futterkräutern bestellten Ländereien (für Lüneburg vom 30. Mai 1800 und October 1806, für Calenberg 11. Aug. 1801, für Grubenhagen 16. Aug. 1802). — Ziemlich reich an besonderen provinciellen Normen ist das Zehntrecht[38]). Die Zehntordnungen stellen in der Regel die gesetzliche Vermuthung auf, daß bei anerkannter Zehntpflicht einer Feldflur im allgemeinen die sämmtlichen einzelnen Grundstücke für zehntpflichtig zu halten seien. Verschieden sind die Bestimmungen über die Frage: wem der Zehnten vom Rottlande gebühre? Nach der Zehntordnung für Calenberg, Göttingen und Grubenhagen ist anzunehmen, daß dem Grundherrn der Rottzehnte zustehen solle, während ihn die Bremen- und Verden'sche Zehntordnung dem Zehntherrn der Flur zuspricht. Beide Zehntordnungen legen dem Zehntpflichtigen die Verbindlichkeit auf, das Land gehörig zu cultiviren. Ueber die Perception, das Sammeln, Trocknen und Einfahren der Früchte vom zehntpflichtigen Lande enthalten die Zehntordnungen ausführliche, den Pflichtigen mehr oder minder drückende Bestimmungen[39]). Mitunter ist vorgeschrieben, daß bei Früchten, die schwer auszuzehnten sind, wie Kohl, Rüben, Kartoffeln, beide Theile sich über ein Aequivalent an Gelde vereinigen sollen, während für den Zehnten von Klee, Esparcette und Lucerne die Summe von 24 mgl. Cassenmünze als Surrogat durch die Verordnung vom 11. Aug. 1801 für das Calenberg'sche gesetzlich festgesetzt ist. — 6) Pfandrecht. Mit Ausnahme eines allgemeinen für die Provinzen, in welchen das gemeine Recht gilt, erlassenen Gesetzes vom 13. Juni 1828, existiren wenig das Pfandrecht betreffende besondere Rechtsregeln. Lange Zeit schon ist eine vollständige, die Gläubiger sichernde Hypothekenordnung ein von vielen Seiten dringend

37) Diese Verordnungen haben einen für die Landwirthschaft höchst wohlthätigen Zweck, indem dadurch bewirkt werden soll, daß die Ausübung der Viehweide mit dem 1. Mai des jetzigen Kalenders aufhöre, also die in Folge des alten unrichtigen Kalenders vorgerückten 11 Tage ausfallen. Dennoch ist es nicht möglich gewesen, die Verordnungen überall durchzuführen, da die Gerichte den Beweis einer Verjährung gegen dieselben zugelassen haben. S. Strube, rechtl. Bed., Ausg. von Spangenberg I. S. 366 die Note daselbst.

38) Zehntordnung für das Fürstenthum Lüneburg v. 1685 und 1692; für die Fürstenthümer Calenberg, Göttingen und Grubenhagen v. 1709; für die Herzogthümer Bremen und Verden v. 1743; außerdem noch mehrere einzelne Verordnungen. S. Grefe a. a. O. II. S. 136 u. 137.

39) Die Vorschriften der lüneb. Verordn. v. 1685 und 1692, welche bestimmen, daß die Anzeige an den Zehntherrn zum Einsammeln erst geschehen dürfe, wenn die gesammte Flur in Hocken oder Stiegen stehe, daß dann die Zehntpflichtigen den folgenden ganzen Tag, und, falls das Einsammeln nicht geschieht, wiederum den darauf folgenden Tag bis 12 Uhr warten, und daß sie, wenn inzwischen nasses Wetter eintritt, nochmals anzeigen und nochmals warten sollen, bilden einen traurigen Beitrag zur Geschichte und Behandlung des teutschen Bauernstandes.

erhobener, aber unerfüllter Wunsch gewesen. Das obige Gesetz bestimmt im wesentlichen nur, daß vom 1. October 1828 an die öffentlichen Hypotheken nicht anders, als durch Eintragung in das Hypothekenbuch des zuständigen Richters errichtet werden können; daß ein öffentliches Pfandrecht an unbeweglichen Sachen nur von dem Richter, dessen dinglicher Gerichtsbarkeit jede einzelne unbewegliche Sache unmittelbar unterworfen ist, eine öffentliche Hypothek am sonstigen Vermögen des Schuldners aber nur vor dem ordentlichen persönlichen Richter desselben bestellt werden könne; daß die einfachen oder nicht privilegirten gesetzlichen Hypotheken den Privathypotheken beigezählt und mit diesen, in Gemäßheit ihres gegenseitigen Alters, geordnet werden sollen. Außerdem ist durch eine Verordnung vom 21. Aug. 1732 der Regiments- und Compagniecasse an dem Vermögen der dieselbe administrirenden Officiere, und durch eine Verordnung vom 31. Aug. 1783 der Regimentscasse an dem Vermögen der Lieferanten und Manufacturisten, welche daraus Vorschüsse erhalten haben, ein privilegirtes Pfandrecht beigelegt worden. — 7) Gemeinheitstheilungsordnungen. Unter diesem Namen bestehen für die einzelnen Provinzen[40]) besondere Gesetze über die Aufhebung gemeinschaftlicher Eigenthums- und Nutzungsrechte an Gemeindeängern, Forsten, Haiden, Brüchen, Mooren u. s. w., die den oft sehr wohlthätigen Zweck haben, jedem einzelnen Interessenten für die frühere gemeinschaftliche Benutzung ein ausschließliches Recht als Aequivalent zu ertheilen. — 8) Ablösungsgesetze. Ueber die Ablösung der Lasten des Grundeigenthums bestehen zwei Gesetze. Das erste vom 10. November 1831 hat blos erst die allgemeinen und vorbereitenden Grundsätze festgestellt; das zweite vom 23. Juli 1833 enthält ausführliche Vorschriften über die Bedingungen der Ablösung, deren Folgen, das dabei zu beobachtende Verfahren u. s. w. In wenigen teutschen Staaten ist die Ablösung der Grundeigenthumslasten so sehr begünstigt und so ausgedehnt, wie in Hannover in Folge jener Gesetze. Es sind darnach nicht nur die Zinsen, Zehnten, Dienste und alle übrigen Reallasten für ablösbar erklärt, sondern es ist auch jedem Besitzer von Grundstücken, die in einem Meier-, Eigenbehörigkeits-, Meierdings- oder ähnlichem gutsherrlichen Verbande stehen, gestattet, selbige durch Ablösung davon zu befreien und in wahres Eigenthum zu verwandeln. Selbst die Erbenzins- und Erbpachtverhältnisse sind der Ablösung unterworfen. Dem Berechtigten ist für die Aufhebung der Lasten regelmäßig Entschädigung zugesichert. Einige, z. B. die Zwangsdienste der eigenbehörigen Kinder, sind ohne Entschädigung weggefallen. Auch ist im Gesetze vom 23. Juli 1833 bestimmt, daß die Eigenbehörigkeit nach einem Ablaufe von 3 Jahren, angerechnet vom Tage der Bekanntmachung des Gesetzes (10. August), mit allen ihren rechtlichen Folgen von selbst aufhören solle. Sonst ist nur der Verpflichtete befugt, auf

40) Für Lüneburg Verordnung vom 25. Juni 1802; Calenberg, Göttingen und Grubenhagen vom 30. April 1824; Hoya und Diepholz, so wie Hildesheim von demselben Tage; Bremen und Verden vom 26. Juli 1825.

eine Ablösung anzutragen. — Das Verfahren geschieht vor besonderen Ablösungsbehörden, bei welchen ein dreifacher Instanzenzug stattfindet. Die erste Instanz bilden sogen. Ablösungs- oder Districtscommissionen; die Entscheidung in zweiter Instanz gehört an die Landdrostei der Provinz; die dritte Instanz wird gebildet durch eine Abtheilung des Ministerium des Innern. Als Rechtsmittel gegen die Entscheidungen in Ablösungssachen dient der Recurs, welcher binnen bestimmter Fristen eingelegt und gerechtfertigt werden muß.

II. Obligationen. 1) Verträge im allgemeinen. In den meisten hannover'schen Provinzen ist die Fähigkeit der Unterthanen, insbesondere der Bauern, Verträge auf verbindliche Weise zu errichten, beschränkt durch die Vorschrift, ihre Contracte von der Obrigkeit aufnehmen und bestätigen zu lassen[41]). Ueber den Sinn der verschiedenen Verordnungen ist von jeher viel Streit gewesen[42]), und es wäre sehr zu wünschen, daß die schon seit längerer Zeit unternommenen Versuche, die Ungewißheit auf dem Wege der Gesetzgebung zu beseitigen, endlich vollendet würden. Eine vielfach vertheidigte Ansicht geht dahin, daß die ohne obrigkeitliche Confirmation abgeschlossenen Contracte einer absoluten Nichtigkeit nicht unterliegen, vielmehr durch freiwillige Erfüllung convalesciren. — 2) Kauf- und Näherrecht. — a) Ueber den Pferdehandel bestimmt eine für die Fürstenthümer Calenberg, Göttingen und Grubenhagen erlassene Verordnung vom 30. April 1697, daß die Wandlungsklage nur stattfinden soll wegen Hauptfehler: als rossig, kollerisch und hartschlägig; wenn das Pferd ein gestohlenes ist; wenn der Verkäufer einen Schaden, der nach gemeinem Rechte die Redhibition zur Folge, gekannt hat; wenn er für allen Schaden gut zu sein versprochen hat. — Eine Verordnung für das Fürstenthum Lüneburg vom 30. Dec. 1697 stellt ähnliche Grundsätze auf, und nimmt noch Mondblindheit als Hauptfehler an. — Auch für das Fürstenthum Hildesheim existirt eine ähnliche Verordnung vom 10. Dec. 1784. — b) Durch eine Verordnung vom 24. Mai 1822 sind Bestimmungen getroffen über die Zeit der Zinsenzahlung für die von Kaufleuten zur Befriedigung eigener Bedürfnisse auf unbestimmten Borg genommenen Waaren: darnach sind landesübliche Zinsen zu entrichten nach Ablauf von sechs Monaten seit außergerichtlicher Mahnung oder Zusendung der Rechnung. — c) Dieselbe Verordnung bestimmt auch, daß ein sub hasta geschlossener Verkauf wegen Verletzung über die Hälfte nicht angefochten werden soll. — d) Eine Verordnung vom 7. Juli 1836 setzt fest, daß Schulden für Branntwein und derartige destillirte Getränke, welche in Wirthshäusern und anderen öffentlichen Orten zum sofortigen Genusse verkauft werden, nur zu dem Betrage von 12 gGr. verbindlich

41) Unter Anderen kommen hier in Betracht: für die Fürstenthümer Calenberg und Göttingen eine Verordnung v. 4. April 1620; für die Fürstenthümer Lüneburg und Grubenhagen die lüneburg. Polizeiordnung v. 1618.

42) Vgl. Strube, Bed. I, 54. IV, 124. — v. Bülow und Hagemann, practische Erörterungen II, 54. IV, 83. VI, 41.

sein sollen. — e) Die sogen. Vor- und Aufkäuferei an den Wochenmarkttagen ist durch mehrere Verordnungen verboten. — Die einzelnen Arten des Retractrechtes haben sich mehr oder minder in den verschiedenen Provinzen und Städten erhalten[43]). — 3) Miethe. Abgesehen von den Verordnungen über das Dienstbotenverhältniß[44]) enthalten die hannover'schen Rechtsquellen fast gar keine besonderen Bestimmungen über den Miethcontract. Ein durch den König bestätigtes Präjudiz des Oberappellationsgerichtes vom 3. März 1840 entscheidet, daß gegen den Willen des Verpächters die Creditoren des in Concurs gerathenen Pächters nicht befugt sein sollen, die Pacht bis zum Ablaufe des bestehenden Contractes fortzusetzen. — Ein anderes vom 25. Jan. 1841 bestimmt, daß der Pächter nicht befugt sei, die Spolienklage anzustellen. — 4) Darlehn. Durch ein Justizreglement vom Jahre 1718 ist die Frist der exceptio non numeratae pecuniae statt des gemeinrechtlichen biennium auf 3 Monate eingeschränkt. Ueber den eigentlichen Sinn des Gesetzes herrschen verschiedene Ansichten[45]). — 5) Vergleich. Laut einer Verordnung vom 24. Mai 1822 soll wegen Verletzung über die Hälfte ein abgeschlossener Vergleich nicht wieder aufgehoben werden können. — 6) Cession. Nach derselben Verordnung soll bei der Einrede aus der sogen. lex Anastasiana der Schuldner den Grund derselben und den Betrag des weniger Gezahlten beweisen. — 7) Wechselrecht. Seit dem 23. Juli 1822 besteht für alle hannover'sche Provinzen, in denen das gemeine Recht gilt, eine ausführliche Wechselordnung, aus der wir folgende Bestimmungen hervorheben: nur gewisse, in dem Gesetze näher bestimmte, Personen sind ipso iure wechselfähig; wer außer diesen sich die Wechselfähigkeit zu verschaffen wünscht, kann sich bei dem Ministerium melden und um die Beilegung der Befugniß, Wechselverbindungen einzugehen, nachsuchen; diese wird durch ein in öffentlichen Blättern bekannt zu machendes Certificat ertheilt. — Der Wechselnehmer (Remittent) hat, falls die Valuta vor Ueberlieferung des Wechsels gezahlt ist, und der Aussteller (Trassant) sich säumig zeigt, die doppelte Befugniß: entweder auf die Ueberlieferung des Wechsels, oder auf die Rückzahlung der Valuta zu klagen; während der letzte im Falle der Säumniß des Wechselnehmers auf Bezahlung klagen, oder auch den Wechsel selbst, sofern er noch in den Händen des ersten Empfängers ist, vindiciren kann. Die Streitfrage: ob, wenn die Acceptation eines Wechsels verweigert worden, dieser dennoch zur Verfallzeit wieder präsentirt werden müsse, ist dahin entschieden, daß der Inhaber dazu ohne besonderen Auftrag nicht verbunden, wohl aber befugt sei. Die Bestellung einer Hypothek in dem Wechsel entzieht diesem die Wechselkraft. Die strenge Wechselverbindlichkeit erlischt mittelst Verjährung: bei eigenen Wechseln gegen den Aussteller nach Ablauf eines Jahres, angerechnet vom Verfalltage; bei trassirten Wechseln gegen den

43) Grefe a. a. O. II. S. 169—175.
44) Grefe a. a. O. II. S. 177, 178.
45) Grefe a. a. O. II. S. 182, 183.

Acceptanten und die Indossanten binnen derselben Frist von der Zeit der dem Kläger zugekommenen Protestation wegen Nichtacceptation. — 8) Spiel. Die sogen. Hazardspiele sind durch mehrere Verordnungen (1732, 1763, 1770) bei Geld- oder Gefängnißstrafe verboten. Ueber die rechtlichen Verhältnisse bei dem Lotteriespiele enthält eine Verordnung vom 19. April 1819 nähere Vorschriften. — 9) Intercession. Zu bemerken ist zuvörderst eine specielle Bestimmung der lüneburg'schen Polizeiordnung, nach welcher kein Unterthan „adelichen oder gemeinen Standes" für Jemand Bürge werden soll, wenn er nicht zuvor den Consens der Regierung dazu erlangt. Ausnahmsweise ist den adligen Landsassen gestattet, auch ohne Consens für 1000 Reichsthaler Bürge zu werden, und die Bürger und Bauern sollen sich mit Vorwissen und Genehmigung des Rathes und der Beamten verbürgen dürfen. — Durch eine Verordnung vom 28. December 1821 und Declaration derselben vom 4. Jan. 1827 ist entschieden, daß zu der Giltigkeit der Intercession der Frauenzimmer an sich schon die Aufnahme einer öffentlichen Urkunde ohne Unterschrift dreier Zeugen hinreichend sei (nisi instrumento publice confecto et a tribus testibus subsignato — L. 23. §. 2. C. ad SC. Vellei. [4. 29.]). — Dieselbe Verordnung bestimmt auch, daß Frauenzimmer überhaupt auf das SC. Vellei. und Ehefrauen insbesondere auf die Auth. si qua mulier (und die ihnen wegen des Dotalgutes zustehenden Vorzugsrechte) wirksam ohne allen Eid verzichten können, wenn dieß vor Gericht geschieht, und dieselben über jene Rechtswohlthaten, so wie über die Folgen der Entsagung, gehörig belehrt worden sind. — 10) Verzicht. Ueber den Verzicht der Frauenzimmer und Minderjährigen auf eine künftige Succession; ferner über den Verzicht der Minderjährigen und derjenigen Corporationen, welche die Rechte der Minderjährigen genießen, auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, so wie über die Folgen des Verzichtes und das dabei zu beobachtende Verfahren, enthält genauere Vorschriften die Verordnung vom 28. December 1821. — 11) Eid. Dieselbe Verordnung hat alle Privateide (mit Ausnahme des Lehnseides) abgeschafft, und ihnen jede Wirkung, insbesondere die Kraft, ungiltige Rechtsgeschäfte zu bestärken, entzogen. — 12) Zinsen. Eine Verordnung vom 20. Febr. 1824 setzt fest, daß dem Gläubiger die gesetzlichen oder vertragsmäßigen Zinsen zu dem erlaubten Zinsfuße auch dann über den Betrag der Hauptsumme (alterum tantum) hinaus zuerkannt werden sollen, wenn er darthut, daß er es an dem gehörigen Fleiße in Einforderung der fällig gewordenen Zinsen, oder Zurückforderung des Capitales nicht habe fehlen lassen, mithin das Aufschwellen der Zinsen ihm nicht beizumessen sei. — 13) Forderungen aus Delicten. a) Injurien. Durch mehrere Verordnungen ist in Ansehung der zwischen Bauern und Bürgern in den der Amts- und Patrimonialgerichtsbarkeit unterworfenen Städten vorgefallenen Injurien das prozessualische Verfahren sehr beschränkt und unter anderen die ästimatorische Klage aufgehoben. — b) Ansprüche geschwächter Personen. Nach der (für die ältesten Provinzen geltenden) Eheverlobungsconstitution vom 5. Januar 1733 soll die Geschwächte

berechtigt sein, von dem Stuprator „einen ihrem, wie auch des Ehrenschänders Stande und Mitteln proportionirten Brautschatz" zu fordern. Dasselbe Gesetz setzt die Dauer der Alimentationspflicht bis zum zurückgelegten 14. Jahre des Kindes fest. — Eine Verordnung vom 14. October 1740 entzieht denjenigen Frauenzimmern, welche sich von Unterofficieren und gemeinen Soldaten schwängern lassen, jedes Recht auf Entschädigung für ihre verlorene Ehre, und eine Declaration vom 11. December 1822 bestimmt, daß jene Verordnung nicht angewendet werden soll auf diejenigen Soldaten, welche ohne militärischen Consens sich verheurathen dürfen. — 14) Klagenverjährung. Nach einer Verordnung vom 20. Juli 1773 sollen die Forderungen der Anwälte wegen Deserviten und Auslagen innerhalb fünf Jahren von der Zeit des letzten zu den Acten gebrachten Exhibitum erlöschen. — Eine Verordnung vom 29. Oct. 1822 entscheidet die bekannte Streitfrage wegen Erforderniß der bona fides dahin, daß auch bei der erlöschenden Verjährung der gute Glaube auf Seiten des Verjährenden während ihrer ganzen Dauer vorhanden sein müsse.

III. Familienrecht. 1) Verlöbniß. Ueber dieses Verhältniß bestehen in den einzelnen Provinzen besondere Verordnungen [46]). Sie stimmen so ziemlich in folgenden Vorschriften überein: zur giltigen Verlobung gehört die Einwilligung der Eltern oder Großeltern oder Vormünder, und was die äußere Form betrifft, die Gegenwart von zwei (männlichen) Zeugen. Fehlt es an jener Einwilligung, so können die Eltern u. s. w. sogar auf Annullation der Ehe bestehen; wenn aber ohne gerechten Grund der Consens versagt wird, ist ein Antrag auf Supplirung desselben bei dem Consistorium zulässig. Mangelt dem Verlöbniß die gehörige Form, so kann es selbst durch hinzugekommene Schwängerung nicht giltig werden. — Nach einer Verordnung vom 3. April 1716 bedürfen die gemeinen Soldaten und Unterofficiere außerdem noch des Consenses des Regimentschefs. — 2) Ehehindernisse [47]). In den verschiedenen Provinzen sind diese verschieden. Die auf Verwandtschaft und Schwägerschaft beruhenden gemeinrechtlichen Hindernisse sind oft noch vermehrt durch Verbote entfernterer Grade. — 3) Religion der Kinder aus gemischter Ehe. Hierüber bestimmt eine Verordnung vom 31. Juli 1826, daß der Vater allein das Recht haben soll, über die Religion der nicht selbstständigen Kinder zu verfügen und daß ihn kein Verzicht auf dieses Recht binden könne. — 4) Ehescheidung. Als gesetzliche Gründe einer Trennung quoad vinculum kommen vor: Ehebruch, bösliche Verlassung und eigentliche Sävitien. Ein vom König unterm 2. September 1839 bestätigtes Präjudiz

46) Für die älteren Provinzen eine sogen. Eheverlobungsconstitution vom 5. Januar 1733; für Bremen und Verden eine Eheverordnung vom 18. Mai 1753; für das Land Hadeln eine Eheverordnung vom 21. Februar 1786.

47) Quellen: für die Fürstenthümer Calenberg und Göttingen eine Kirchenordnung von 1615; für Lüneburg, Grubenhagen, Hoya und Diepholz die lünb. Kirchenordnung v. 1643; für Bremen und Verden die Note 46 erwähnte Eheverordnung.

des Oberappellationsgerichtes entscheidet, daß in Ehescheidungssachen die Delation eines Eides, wodurch die Trennung der Ehe quoad vinculum bezweckt werden soll, unzulässig sei. — 5) Eheliche Güterverhältnisse. Der Regel nach auf dem römischen Rechte beruhend sind diese Verhältnisse nur hin und wieder, insbesondere durch städtische Statute, modificirt. Hervorzuheben ist die Bestimmung des Bremischen Ritterrechtes, nach welcher der Wittwe des Ritters gesetzlich eine Morgengabe und noch andere Vortheile gebühren. Eheliche Gütergemeinschaft findet in einigen Städten statt, z. B. Lüneburg, Uelzen, Stade, Verden. — Ein Gesetz vom 30. Juli 1840 enthält Bestimmungen über die Veräußerung von Dotalgrundstücken aus dem Grunde der Nützlichkeit. Darnach soll eine solche Veräußerung rechtsbeständig sein, wenn dieselbe vom persönlich zuständigen Richter auf den Antrag beider Ehegatten bestätigt worden ist. — Ein vom König unterm 26. Jan. 1841 bestätigtes Präjudiz des Oberappellationsgerichtes bestimmt, daß, weil die L. 54. D. de iure dotium mit der L. 12. C. eod. tit. unvereinbar und jener durch diese derogirt sei, die Regel gelten solle, daß die Ehefrau an den mit ihren Dotalgeldern erkauften Sachen das Eigenthum nicht erwerbe, mit Ausnahme des Falles, da die Surrogate absichtlich und zum Nutzen der Ehefrau an die Stelle des veräußerten Brautschatzes gesetzt seien (L. 26. u. 27. D. de iure dot.). Ein anderes Präjudiz von demselben Tage entscheidet, daß den Descendenten einer Ehefrau, welche dieselbe beerbt haben, bei Zurückforderung der dos der Erblasserin in dem Concurse des Ehemannes unbedingt eine privilegirte Hypothek zur Seite stehe, es möge neben derselben eine spätere Ehefrau des Gemeinschuldners ebenfalls eine dos zurückfordern, oder nicht. — 6) Vormundschaft. Eine Verordnung vom 18. November 1828 entscheidet die Frage, wie viel Kinder erforderlich seien, um eine Vormundschaft abzulehnen, dahin, daß nur diejenigen, welche fünf lebende eheliche Kinder haben, zur Uebernahme der Vormundschaft nicht angehalten werden können. — Durch mehrere landesherrliche Rescripte ist den höheren Gerichtshöfen die Befugniß ertheilt, Häuser und Bergtheile der Minderjährigen auch schon ex causa utilitatis ohne nothwendigen Grund veräußern zu lassen.

IV. Erbrecht. — In vielen Städten ist durch die Statuten ein gegenseitiges Erbrecht der Ehegatten eingeführt [48]). Bei den Bauergütern herrschen verschiedene bereits oben erwähnte Successionsordnungen (s. oben S. 158 flg.). Hiervon abgesehen kommen noch folgende particularrechtliche Normen vor. Eine Verordnung vom 29. Oct. 1822 bestimmt: daß zwar die Unterthanen vor jedem, mit Civiljurisdiction versehenen, selbst ausländischen Gerichte ihre Testamente errichten können, daß aber der von einem Richter außerhalb seines Sprengels vorgenommene Act nur als ein Privatact anzusehen sei; daß bei schriftlichen Testamenten das Erbitten der Zeugen vermuthet werden solle; daß die Zeugen

48) Grefe a. a. O. II. S. 80—84. Rücksichtlich der Stadt Hannover auch eine neuere Verordnung v. 18. Juni 1830.

das Testament nicht zu unterschreiben brauchen, sondern ihre Unterschrift auch auf den Umschlag setzen können. — Eine andere Verordnung vom 24. Mai 1822 schreibt vor: daß gerichtliche Testamente nicht von einem Bevollmächtigten, sondern vom Testirer selbst überreicht werden sollen, widrigenfalls sie nichtig sind; daß zur Giltigkeit der Testamente zum Besten einer milden Stiftung die Zuziehung von zwei Zeugen gehören solle; daß die in einem Testamente parentum inter liberos dritten Personen ausgesetzten Legate ungiltig seien; daß der Satz: längst Leib, längst Gut, möge er Kraft Herkommens gelten oder durch Vertrag beschlossen sein, durch die Geburt von Kindern, die vor den beiden Ehegatten wieder verstorben sind, seine Wirkung nicht verlieren solle; daß bei Erbschaftsklagen schon der Beweis des Erbrechtes im allgemeinen zur Legitimation des Klägers genüge, und daß derjenige, welcher den Einwand eines oder mehrerer näherer Erben oder der Miterben mache, diesen zu beweisen habe. Ein von dem Könige unterm 3. März 1840 bestätigtes Präjudiz des Oberappellationsgerichtes bestimmt, daß ein Erbvertrag auch mündlich auf rechtsbeständige Weise abgeschlossen werden könne. — Ein anderes Präjudiz vom 26. Januar 1841 entscheidet, daß die Bestimmungen des römischen Rechtes über den erzwungenen Nachlaß bei insolventen Erbschaften nicht auf andere Fälle auszudehnen seien. —

Nach dieser kurzen Uebersicht des eigentlichen Privatrechtes betrachten wir zweitens den hannover'schen Civilprozeß[49]), und beginnen

I. mit dem Verfahren vor den Untergerichten. Hauptquellen sind: eine vollständige Prozeßordnung für die Untergerichte vom 5. Oct. 1827[50]) und ein Gesetz vom 13. Dec. 1834, betreffend die Beschränkung der bei den Untergerichten zu verhandelnden geringeren Schuldsachen. Jene Prozeßordnung schließt sich im wesentlichen an den gemeinen teutschen Civilprozeß an, enthält aber daneben manche eigenthümliche Bestimmungen. Sie zerfällt in sechs Theile, deren jeder wieder Titel und §§. hat. Der erste Theil enthält allgemeine Bestimmungen; der zweite handelt von dem ordentlichen Prozesse vor den Untergerichten; der dritte von den summarischen Prozessen; der vierte von den Rechtsmitteln wider die Erkenntnisse der Untergerichte; der fünfte von der Execution; der sechste von dem Concursverfahren. In einem Anhange sind die Formeln der verschiedenen Eide vorgeschrieben. — Folgendes verdient hier hervorgehoben zu werden. Die Parteien haben das Recht, stets mit einem Beistande vor Gericht zu erscheinen und auch durch Bevollmächtigte sich vertreten zu lassen. In besonderen Fällen kann zwar der Richter das persönliche Erscheinen vorschreiben, indeß befreien davon Krankheit, Dienstgeschäfte, Entfernung über 3 Meilen vom Orte des Gerichtes und dergleichen. — Die Caution für die Prozeßkosten ist

---

49) Oesterley, Handbuch des bürgerlichen und peinlichen Prozesses für das Königreich Hannover. Gött. 1819.

50) Spangenberg, Commentar zur Prozeßordnung für die Untergerichte des Königreichs Hannover. Hannover 1829.

bezüglich der Rechtsstreite der Inländer untereinander aufgehoben. — Jedem wird das Armenrecht (Befreiung von Stempel-, Gerichts- und Insinuationsgebühren und den Copialien) ertheilt, welcher eine Bescheinigung seiner Obrigkeit darüber beibringt, daß er nicht so viel Vermögen besitzt, noch verdient, um nach Abzug des nothdürftigen Unterhaltes die Prozeßkosten bestreiten zu können. — Das mündliche Verfahren ist zwar als Regel vorgeschrieben, jedoch kann auf Antrag der Parteien in allen wichtigeren, d. h. wenigstens 30 Rthlr. an Werth betragenden, Sachen schriftliches Verfahren stattfinden. In allen Fällen unter 30 Rthlr., in Verbal- und leichten Realinjuriensachen, in Sachen der Dienstboten, so weit sie den Dienst und das Dienstlohn betreffen, in dem ersten Verfahren über Bau- und Grenzstreitigkeiten, so wie in allen Sachen, bei welchen Gefahr auf dem Verzuge haftet, ist das schriftliche Verfahren absolut unzulässig, und der dagegen handelnde Richter zum Ersatz der den Parteien verursachten Kosten verpflichtet. — Dem Richter ist eine zweckmäßige Direction des Prozesses vorgeschrieben, und die demselben zu diesem Ende im §. 23 ertheilten Befugnisse entfernen ihn allerdings etwas von dem gemeinrechtlichen Standpunkte der sogen. Verhandlungsmaxime. — Alle Termine und Fristen sind in der Maße für präjudiciell erklärt, daß sie im Versäumnißfalle den angedrohten Rechtsnachtheil zur unausbleiblichen Folge haben[51]). Die Termine und Fristen können aus bescheinigten Gründen zweimal verlängert werden; eine fernere Frist soll in der Regel nicht stattfinden, und wenn sie dennoch ertheilt ist, als nicht bewilligt angesehen, und der Rechtsnachtheil des Ungehorsams erkannt werden. — Die Actenverschickung zum Spruch an eine Juristenfacultät ist verboten. — Der Beklagte darf nur, wenn er prozeßhindernde Einreden vorschützen kann, die Beantwortung der Klage verweigern. Diese sind als solche charakterisirt, „die alles weitere Verfahren unnütz machen", wie die Einrede des incompetenten Gerichtes, der mangelnden persona standi in iudicio, der rechtskräftigen Entscheidung, des getroffenen Vergleiches u. s. w. — Der Richter ist verpflichtet, den Parteien vor dem ersten Erkenntnisse Vergleichsvorschläge zu machen. — Jedem Urtheile sollen die Entscheidungsgründe eingeschaltet werden. In mündlichen Sachen soll das Urtheil 14 Tage, in schriftlichen 4 Wochen spätestens nach der letzten prozessualischen Handlung abgegeben werden. — Die Beweisfrist ist in der Maße peremtorisch, daß die unterbliebene Antretung des Beweises auch ohne Ungehorsamsanschuldigung den Verlust desselben zur Folge hat, jedoch mit Ausnahme des Augenscheins, welcher an keine Beweisfrist gebunden sein soll. Auch wird, wenn sonst der Beweis angetreten ist, die Eidesdelation als eventuell vorbehalten angenommen, so daß es im voraus keiner Erwähnung derselben bedarf. Bei dem Beweise durch Sachverständige ist unterschieden: ob die zum Beweise verstellten Thatsachen selbst durch Experten dargethan werden sollen, oder ob zur

51) Vgl. die §§. 34, 35, 47, 52 des Ges., aus welchen nicht deutlich erhellt, ob die Folgen des Ungehorsams auch ohne Antrag der Partei eintreten sollen.

Beurtheilung des Resultates von den bereits ausgemittelten Thatsachen das Gutachten der Sachverständigen erforderlich ist; im ersten Falle muß die Frist beobachtet werden, im zweiten Falle kommt es auf keine Frist an. Die gemeinrechtliche Form der Beweisartikel und Fragstücke ist abgeschafft. — Bei dem Arrestprozesse wird ausnahmsweise das Gericht des Arrestes auch in der Hauptsache competent, wenn der Impetrat ein Ausländer ist, oder keinen bestimmten Wohnsitz im Königreiche hat, oder die Parteien den Gerichtsstand freiwillig erstrecken, welches geschieht, wenn der Impetrat sich auf eine vollständige Verhandlung der Hauptsache einläßt. — Der Executivprozeß soll nur stattfinden wegen Forderungen, welche in Geldsummen oder anderen Quantitäten verbrauchbarer Sachen bestehen; er kann auch dann auf den Grund eines zweiseitigen Vertrages zugelassen werden, wenn der Kläger die Erfüllung solchen Vertrages von seiner Seite sofort durch in diesem Prozesse zulässige Urkunden darthut. Der Beklagte kann sich im Executivprozesse zum Beweise der Einreden auch der Eidesdelation bedienen, insofern sie nicht gegen den wörtlichen Inhalt der Urkunde gerichtet ist. Eine Gewissensvertretung ist unzulässig und der Kläger muß den Eid entweder annehmen oder zurückschieben. Rechtsmittel haben, wenn sie von dem zur Zahlung verurtheilten Beklagten eingewendet werden, keinen Suspensiveffect. — In den beiden Fällen, wo der Kläger sämmtliche der Klage zum Grunde liegende Thatsachen durch öffentliche Urkunden sofort erweisen kann, und wo die drohende Gefahr eines unersetzlichen oder schwer zu ersetzenden Schadens bescheinigt wird, ist der unbedingte Mandatsprozeß zulässig. Zum Beweise der Einreden der Sub- oder Obreption kann der Beklagte sich auch der Eideszuschiebung bedienen. — Bedingte Mandate können nach richterlichem Ermessen in minder wichtigen Fällen ertheilt werden, wenn die Ansprüche des Klägers auch nur unvollständig bescheinigt oder doch nicht ohne Wahrscheinlichkeit sind. Das Gesetz vom 13. Dec. 1834 bestimmt daneben, daß auf alle persönlichen Klagen, welche auf Geldsummen oder fungibele Sachen gerichtet sind, sofern der Betrag der Forderung die Summe von 30 Rthlr. nicht erreicht, und nicht etwa eine andere zulässige summarische Prozeßart von dem Kläger gewählt sein sollte, unabhängig von den Anträgen desselben, ein bedingter Zahlungsbefehl abgegeben werden soll, mit welchem die Androhung der Execution zu verbinden ist. — Ordentliche Rechtsmittel sind: die Appellation an den höheren Richter und die Supplication bei demselben Untergerichte; außerordentliche: die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die Nichtigkeitsklage. Die Appellation ist zulässig gegen jeden Bescheid, welcher eine der Partei zum Nachtheile gereichende Verfügung enthält. Die Appellationssumme beträgt 30 Rthlr. — Bei der Supplication sind auch Nova zulässig. Entscheidungen gegen deutliche Gesetze, Verträge oder rechtskräftige Urtheile sind kein Grund der Nichtigkeit.

II. Das Verfahren vor den Mittelgerichten (Justizcanzleien genannt) beruht nicht auf einem allgemeinen Gesetze, sondern es bestehen für diese außer einzelnen Verordnungen, Landtagsabschieden und Gerichtsbescheiden regelmäßig besondere Prozeßordnungen, meistens aus der Mitte und dem Ende

des 17. Jahrhunderts[52]). Die Ansichten der damaligen Zeit sind in diese Gesetzbücher aufgenommen und die Grundsätze in allen so ziemlich dieselben. Grundlage des Ganzen ist die gemeine Prozeßtheorie.

III. Das Verfahren vor dem höchsten Gerichte (Oberappellationsgericht in Celle) ist durch drei Grundgesetze bestimmt[53]): Oberappellationsgerichtsordnung von 1713; Reglement wegen verbesserter Einrichtung des Oberappellationsgerichtes von 1733; Verordnung von 1818, die veränderte und verbesserte Einrichtung des Oberappellationsgerichtes betreffend. Auch das Verfahren bei diesem Gerichte schließt sich im wesentlichen an die gemeinrechtlichen Principe an. Da das Oberappellationsgericht die höchste Instanz bildet, so sind devolutive Rechtsmittel gegen dessen Entscheidungen nicht mehr zulässig. Ueberhaupt sind als Rechtsmittel dagegen noch zugelassen die Nichtigkeitsbeschwerde und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Hieran knüpfen wir eine Aufzeichnung der Fälle, die zwar ihrer Natur nach reine Justizsachen und daher Gegenstände des Civilprozesses durch das hannover'sche Recht aber den Gerichten entzogen sind. Es sind diese: alles was die Besetzung der Höfe angeht, über welche die Domänenkammer die Gutsherrschaft ausübt, namentlich die Streitigkeiten über die Erbfolge, Leibzucht, Abfindung, gehören zur Competenz der Domänenkammer; auch gehören dahin die Klagen der Kammerbauern in Dienstsachen, über die Art und das Maß derselben, überhaupt dann, wenn die Dienstpflichtigkeit an sich nicht Gegenstand des Streites ist[54]); ferner sind der Cognition der Gerichte entzogen alle Landesökonomieangelegenheiten, d. h. Gemeinheitstheilungen, so wie Alles, was die Cultivirung und Besetzung wüster und unbebauter Plätze betrifft; endlich auch alle Ablösungssachen.

Wir wenden uns drittens zu dem hannover'schen Criminalrechte und zwar zuvörderst zu dem materiellen Rechte. Während früher neben dem gemeinen Rechte eine Anzahl verschiedener Provinzialverordnungen, Gerichtsgebrauch und Praxis galt, ist seit dem Jahre 1840 das ganze Criminalrecht durch allgemeine Gesetze abgeändert und neu festgestellt. Quellen sind: ein ausführliches Criminalgesetzbuch vom 8. Aug. 1840; ein Gesetz vom 8. September 1840 über die Bestrafung des Wilddiebstahles und der damit in Verbindung stehenden Jagdvergehen; ein Gesetz von demselben Tage über die Bestrafung des Fisch- und Krebsdiebstahles. — Der Criminalcodex zerfällt nach Art dieser Gesetzbücher in einen allgemeinen und besonderen Theil, von welchen jeder wieder Capitel und Artikel hat. Folgendes verdient daraus hervorgehoben zu werden.

---

52) Calenberg'sche Canzleiordnung von 1663; Cellische Canzleiordnung v. 1656 und Hofgerichtsordnung v. 1685; Bremische Hofgerichtsordnung v. 1672; Hildesheim'sche Hofgerichtsordnung von 1730.

53) v. Bülow, Verfassung des Oberappellationsgerichtes in Celle (Gött. 1804), II. Spangenberg, das Oberappellationsgericht in Celle. Celle 1833.

54) Quelle ist die sogen. Göhrder Constitution v. 19. Oct. 1719, gegen deren Anwendung zu seiner Zeit vergebens Beschwerden auf den Landtagen laut wurden.

Auch die von den hannover'schen Unterthanen im Auslande begangenen Verbrechen, mögen sie an Inländern oder an Ausländern verübt sein, sollen nach dem Gesetzbuche beurtheilt werden; nur dann soll dasselbe gegen einen Unterthan nicht zur Anwendung kommen, wenn die von ihm gegen den Ausländer im Auslande begangene That nach den Gesetzen des Ortes straflos ist. Selbst gegen Ausländer soll das Gesetzbuch wegen der von ihnen im Auslande an dem hiesigen Staate und an hiesigen Unterthanen begangenen Verbrechen angewendet werden. — Die Strafen zerfallen in schwere und leichte Strafen. Jene sind: Todesstrafe, Kettenstrafe, Zuchthausstrafe und Dienstentsetzung; diese: Strafarbeitshaus, Gefängniß, Dienstentlassung, Suspension vom Amte, Widerruf und Abbitte vor versammeltem Gerichte, gerichtlicher Verweis bei offenen Thüren und Geldbuße. Die Todesstrafe soll durch Enthauptung mittelst des Schwertes vollzogen werden. Geschärft wird sie durch Schleifen zum Richtplatz auf einer Kuhhaut. Die Kettenstrafe hat zwei Grade, von denen der erste in leichterer Arbeit mit leichten Ketten, der zweite in schwerer Arbeit mit schweren Ketten besteht. Geschärft kann diese Strafe noch werden durch Ausstellung am Strafpfahle, durch einsame Einsperrung in einen finsteren Kerker, und durch eine Verbindung beider Schärfungsarten. Auch die Zuchthausstrafe hat zwei Grade, die sich durch leichtere und schwerere Arbeit unterscheiden, während die Gefängnißstrafe drei Grade hat. Als außerordentliche Strafe kann auch körperliche Züchtigung angewendet werden, wenn von Vagabonden und Bettlern männlichen Geschlechtes Gefängnißstrafe verwirkt ist, und bei jugendlichen Verbrechern (unter 16 und über 12 Jahren). Die Confiscation soll sich nur auf einzelne Gegenstände beschränken und die Landesverweisung blos bei Ausländern eintreten. Aus besonderen Rücksichten können Ketten- und Zuchthausstrafe in Staatsgefängniß verwandelt werden, jedoch mit verlängerter Dauer. Gefängniß und Arbeitshaus werden aus gleicher Rücksicht ohne Verlängerung der Strafzeit in Staatsgefängniß verändert Die Fälle selbst sind nicht genau angegeben, es beurtheilt der Richter vielmehr nach der Persönlichkeit, dem Lebenswandel des Thäters und nach der Natur des Verbrechens die Zulässigkeit der Strafverwandlung. Eine Umänderung der Freiheitsstrafe in Geldstrafe ist untersagt. — Verbrechen, für welche das Gesetz den Tod bestimmt hat, verjähren nicht; sonst sollen Verbrechen, welche mit Ketten- oder Zuchthausstrafe bedroht sind, in zwanzig, die mit Arbeitshaus bestraft werden, in zehn, und die übrigen Verbrechen in fünf Jahren verjähren; diejenigen Verbrechen, die nicht von Amtswegen zu untersuchen sind, verjähren schon in drei Monaten. — Das Gesetzbuch unterscheidet die Gründe, welche die Strafbarkeit *mindern* von denjenigen, welche sie *mildern*. Jene (wohin gehören: schlechte Erziehung, Armuth und Noth, Trunkenheit u. s. w.) berechtigen den Richter nur, die Strafe innerhalb der gesetzlichen Grenze hoch oder niedrig zu bemessen; diese (wohin gerechnet sind jugendliches Alter, hohes Alter und schuldlose langwierige Haft) geben dem Richter die Befugniß, von der gesetzlichen Strafe selbst mildernd abzuweichen. —

Der Versuch eines Verbrechens ist vorhanden, wenn eine äußere Handlung vorliegt, die wenigstens schon als ein Anfang der Ausführung des beabsichtigten Verbrechens zu betrachten ist. Er wird eingetheilt in beendigten und nicht beendigten Versuch. Für jenen kann die Strafe steigen bis zur Hälfte, für diesen bis zu einem Drittheile der Strafe des vollendeten Verbrechens. — Eine genau durchgeführte Unterscheidung zwischen Staatsverbrechen und Privatverbrechen enthält das Gesetzbuch nicht. Zu jenen können ungefähr gezählt werden die ersten vier Capitel, welche handeln: von Verbrechen wider das Dasein und die äußere Sicherheit des Staates, von Verbrechen wider die Majestät und wider die Würde des Staates, von Verbrechen wider die Regierung des Staates, von Verbrechen wider die öffentliche Sicherheit im Staate. Das erste Capitel zerfällt wieder in Staatsverrath, Landesverrätherei und andere Staatssicherheit gefährdende Handlungen. Der Hochverrath ist nur als eine Art des Staatsverrathes bezeichnet, dessen Begriff und Strafen auch auf Ausländer ausgedehnt sind. Das zweite Capitel umfaßt die Majestätsbeleidigung, Beleidigung der Personen der königlichen Familie, Herabwürdigung der (bestehenden) Staatsverfassung, Beleidigung der Amtsehre, Verletzung der Ehrfurcht gegen obrigkeitliche Handlungen. Das dritte Capitel begreift das Verbrechen der Anmaßung eines Staatsamtes, die Bestechung der öffentlichen Beamten, die Amtserschleichung, gewaltsame Widersetzung gegen die Obrigkeit, Auflauf, Aufruhr, Störung der öffentlichen Ruhe durch Mißbrauch der Religion, Befreiung eines Gefangenen, Rückkehr eines Verwiesenen, Zweikampf. In das vierte Capitel gehören: das Verbrechen der Gewaltthätigkeit, Störung des Hausfriedens, Brandstiftung, verursachte Strandung und Ueberschwemmung, gemeingefährliche Vergiftung, Landzwang. Bemerkenswerth ist die Bestimmung, daß das Verbrechen der Majestätsbeleidigung und der Beleidigung der Personen der königlichen Familie, insofern blos wörtliche oder bildliche Beleidigungen vorliegen, von den Gerichten nicht von Amtswegen untersucht werden, vielmehr darüber zu weiterer Verfügung an das Justizministerium berichtet werden soll. — Wegen Ehebruches, Schwächung und gewöhnlicher Injurie darf ebenfalls nur auf Antrag des verletzten Theiles eine Untersuchung eingeleitet werden. — Der Diebstahl ist in zwei Arten eingetheilt: einfacher Diebstahl und ausgezeichneter Diebstahl. Wenn jener weniger als einen Thaler beträgt, so tritt nur polizeiliche Ahndung ein. Dieser hat wieder zwei Classen. Die erste betrifft die Fälle, wo der Diebstahl an Gegenständen verübt wurde, welche überhaupt, oder unter besonderen Umständen oder in dem Verhältnisse zu der Person des Diebes schwer zu verwahren sind. Die zweite Classe begreift solche Diebstähle, welche wegen besonderer Geflissenheit oder Gefährlichkeit der That ausgezeichnet erscheinen. Die Zueignung gefundener Sachen ist als Unterschlagung betrachtet. — Der Betrug ist ebenfalls in einfachen und ausgezeichneten Betrug eingetheilt. — Ziemlich ausführlich sind die Bestimmungen über die strafbaren Dienstverletzungen der öffentlichen Beamten. Bemerkenswerth ist der gleich im ersten Artikel dieses

Capitels gemachte Vorbehalt, daß die Beamten nur auf Veranlassung der zuständigen (Regierungs=) Behörde in Untersuchung gezogen und bestraft werden sollen.

Das Gesetz über die Bestrafung des Wilddiebstahles bestimmt im wesentlichen Folgendes: Die leichteren Fälle des Diebstahles an Wild sollen nur einer polizeilichen Ahndung unterliegen. Als ein peinlich zu strafender Wilddiebstahl ist es anzusehen, wenn das erlegte oder eingefangene Wild in Hochwild oder in Rehen besteht und, im Falle die That an anderen Arten des Wildes verübt ist, wenn der Thäter bereits dreimal wegen Wilddiebstahles polizeilich bestraft ist. Wegen hinzutretender erschwerender Umstände wird der Wilddiebstahl ohne Unterschied der Art des entwendeten Wildes und ohne Rücksicht auf eine zuvor eingetretene polizeiliche Bestrafung criminell bestraft: wenn der Thäter einer Windbüchse oder Stockflinte sich bedient hat, wenn er sich durch Anschwärzen des Gesichtes oder auf andere Weise unkenntlich gemacht hat, wenn der Wilddiebstahl gewerbmäßig oder in Banden oder unter Gewaltthätigkeit verübt ist. Die Strafe ist Gefängniß, Arbeitshaus und selbst Zuchthaus je nach der minderen oder größeren Erschwerung des Falles. — Durch dasselbe Gesetz ist das Ministerium des Inneren ermächtigt, den in landesherrlichen und gutsherrlichen Diensten stehenden Jägern die Befugniß zu ertheilen, auf die Wilddiebe zu schießen, wenn sie nach voraufgegangener zweimaliger Aufforderung das Gewehr nicht ablegen oder auf der Flucht mit sich nehmen. — Das Gesetz über den Fisch= und Krebsdiebstahl läßt in drei Fällen eine peinliche Strafe dieser Vergehen eintreten, nämlich: wenn der Werth des Entwendeten mehr als zwei Thaler beträgt, wenn der Thäter zuvor bereits dreimal polizeilich wegen desselben Vergehens bestraft worden ist, und wenn die Entwendung durch Abdämmen des Gewässers, oder durch betäubende oder sonstige den Fischen schädliche Mittel geschieht.

Hiernächst betrachten wir das Verfahren in Criminalsachen. Die wichtigsten Quellen desselben sind: eine Criminalinstruction von 1736[55]), eine Criminalinstruction von 1748, eine Verordnung über die Zulässigkeit eines vollständigen Beweises durch Anzeigen vom 25. März 1822, ein Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Criminalsachen vom 8. September 1840 und ein Gesetz über die Einführung eines öffentlichen Anwaltes vom 16. Februar 1841. Da diese verschiedenen Rechtsquellen sich ergänzen und in einander greifen, so fassen wir das Wesentliche ihres Gesammtinhaltes in eine fortlaufende Skizze zusammen. — Die Untersuchungsform ist vollständig ausgebildet und consequent durchgeführt. Das Verfahren geschieht von Anfang bis zu Ende im Geheimen. Die Untersuchung ist abgetheilt in General= und in Specialinquisition; jene soll darauf gerichtet werden, „ob wahrhaftig ein dem

---

55) Ursprünglich erlassen für die älteren Provinzen wurde sie später auch auf die übrigen Provinzen, in welchen das gemeine Recht gilt, ausgedehnt, mit Ausnahme jedoch der Herzogthümer Bremen und Verden und des Landes Hadeln, für welche die Criminalinstruction v. 1748 gesetzliche Kraft hat.

Gerichte gerügtes — Verbrechen begangen worden"; bei dieser kommt es darauf an, wer dasselbe verübt habe. Zur Verhängung der Specialinquisition ist kein besonderes gerichtliches Erkenntniß vorgeschrieben, es ist aber eine Vertheidigung dagegen zulässig. Die Zeugen werden in Abwesenheit des Angeschuldigten vernommen; die Form der Beweisartikel ist aufgehoben. Nahe Verwandte des Angeschuldigten sollen nicht zum Zeugniß gegen denselben gezwungen werden. Stets soll der Inquirent mit demselben Eifer für die Ermittelung der Schuld wie der Unschuld des Angeklagten wachen. Wenn der Angeschuldigte gar nicht oder nicht deutlich antworten will, oder durch lügenhafte Aufzüge die Untersuchung erschwert, so kann er durch körperliche Züchtigung zur Ordnung angehalten werden, jedoch nur durch eine Verfügung des erkennenden Obergerichtes, an welches die Acten deßhalb einzusenden sind. — In Criminaluntersuchungen, welche muthmaßlich nur eine der leichteren Strafen zur Folge haben, kann schon eine einzige Gerichtsperson die Untersuchung führen und auf glaubhafte Weise das Protocoll schreiben. Wenn aber demnächst sich finden sollte, daß das Erkenntniß dennoch auf eine schwere Strafe gerichtet werden muß, so sollen die wichtigsten Verhöre in Gegenwart zweier Gerichtspersonen wiederholt, oder die Protocolle noch einmal verlesen werden[56]). — Eines articulirten Verhöres bedarf es in den Fällen nicht, wenn nur eine leichte Strafe verwirkt ist. — Der Art. 22 der C. C. C. und die Vorschriften derselben, welche sich auf die peinliche Frage beziehen, sind außer Kraft gesetzt. Es soll ein vollkommener Beweis durch Anzeigen stattfinden. Auch der objective Thatbestand kann durch Anzeigen bewiesen werden. Jeder Umstand, welcher mit einem begangenen Verbrechen im natürlichen Zusammenhange steht, und aus welchem auf die Schuld der in Untersuchung gerathenen Person vernünftiger Weise geschlossen werden muß, begründet eine rechtliche Anzeige. In keinem Falle soll eine einzige noch so nahe Anzeige zur Ueberführung des leugnenden Angeschuldigten hinreichen. Jede Anzeige muß vollständig bewiesen sein, jedoch sind die Art. 23 und 30 der C. C. C. dahin abgeändert, daß auch das Zusammentreffen von Umständen, welches keinen vernünftigen Zweifel an dem Dasein der Anzeige übrig läßt, zu deren Beweise genügt. Allgemein ist bestimmt, daß, weil der Beweis durch Anzeigen nach unveränderlichen, auf alle Criminalfälle anwendbaren Regeln nicht normirt werden könne, der Sachkenntniß, Erfahrung, Urtheilskraft, Unbefangenheit und strengen Gewissenhaftigkeit des Richters das Meiste überlassen bleiben müsse[57]). — Auf Todesstrafe kann auf den Grund eines bloßen Anzeigenbeweises nicht erkannt werden, es tritt vielmehr an deren Stelle lebenslängliche Kettenstrafe. Der Reinigungseid

---

56) Diese Bestimmung ist neuerdings durch §. 7 des mit ständischer Zustimmung erlassenen Gesetzes vom 8. September 1840 über das gerichtliche Verfahren in Criminalsachen eingeführt.

57) §. 4 der Verordnung v. 25. März 1822 über die Zulässigkeit eines vollständigen Beweises durch Anzeigen u. s. w. Wie weit ist nun noch die Kluft zwischen diesem Geständnisse der Unvollkommenheit der künstlichen Beweisregeln und der intime conviction der Geschwornen?

soll nur in den Fällen auferlegt werden dürfen, wenn für das erwiesene Verbrechen eine der leichteren Strafen angedroht ist. — Wenn auf eine leichte Strafe zu erkennen ist, so kann der objective Thatbestand durch das Geständniß allein bewiesen werden; falls hingegen der Angeschuldigte eine schwere Strafe verwirkt hat, so soll in der Regel das Geständniß allein zur Herstellung des objectiven Thatbestandes nicht hinreichen. — Die auf Todesstrafe gerichteten Erkenntnisse dürfen nicht eher eröffnet und vollstreckt werden, als bis die landesherrliche Bestätigung erfolgt ist; wenn dieselben durch eine fernere Instanz abgeändert werden, bedarf auch das andere Erkenntniß einer solchen Bestätigung. — Gegen die Erkenntnisse in Criminalsachen finden drei Rechtsmittel statt: die weitere Vertheidigung, die Appellation und die Nichtigkeitsbeschwerde. Die weitere Vertheidigung ist anwendbar gegen diejenigen Erkenntnisse, welche von den Justizcanzleien und dem Oberappellationsgerichte in erster Instanz gesprochen sind. Es entscheidet darüber dasselbe Gericht, welches in der ersten Instanz erkannt hat. Die Appellation ist zulässig gegen die Erkenntnisse aller zugleich untersuchenden und erkennenden ordentlichen Untergerichte und geht an die diesen vorgesetzte Justizcanzlei; sie ist ferner auch zulässig gegen diejenigen in erster Instanz von den Justizcanzleien abgegebenen Erkenntnisse, durch welche auf eine schwere Strafe erkannt ist. Der Gebrauch des einen Rechtsmittels schließt den des anderen aus. Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur entweder in Verbindung mit dem zulässigen ordentlichen Rechtsmittel der weiteren Vertheidigung und der Appellation, oder statt derselben angebracht werden. Sie ist also ausgeschlossen, sobald eines jener Rechtsmittel bereits gebraucht ist. Als Nichtigkeit soll es unter Anderen betrachtet werden: wenn das erkennende Gericht nicht das zuständige war; wenn Handlungen, die zu den wesentlichen Bestandtheilen des Prozesses gehören, ganz unterblieben sind; wenn eine in den Gesetzen nicht mit Strafe bedrohte That als Verbrechen bestraft ist. — Ein völlig freigesprochener Angeschuldigter kann abermals in Untersuchung gezogen werden, wenn neue, vorhin nicht bekannte Umstände und Beweise sich hervorthun, aus denen sich die Falschheit derjenigen Beweismittel ergibt, auf welche die Freisprechung erkannt ist, und wenn neue, den Richter völlig überzeugende, Beweismittel gefunden sind, welche für sich allein hinreichen, um hierauf ein Straferkenntniß gegen den Angeschuldigten zu gründen. — Besonders hervorzuheben sind die Bestimmungen des Gesetzes über die Einführung eines öffentlichen Anwaltes vom 16. Februar 1841; da hierdurch die Strafprozeßordnung mit einem bisher in Hannover ganz unbekannten und nicht unwichtigen Institute bereichert ist, einem Institute, wie es in derselben Weise im übrigen Teutschland schwerlich anzutreffen ist. Früher lag dem Systeme der Rechtsmittel gegen Criminalerkenntnisse das Princip zum Grunde, daß nur der Angeschuldigte von ihnen Gebrauch machen, und daß in fernerer Instanz das Urtheil nie zu seinem Nachtheile abgeändert werden dürfe, vielmehr der Staat gehalten sei, das in seinem Auftrage gefällte Urtheil unbedingt gegen sich gelten zu lassen. Hierin hat man eine Gefährdung des öffentlichen Interesse erblickt und daher einen Anwalt geschaffen, blos zu

dem Zwecke, um den Staat gegen derartige Verletzungen zu sichern. Uebrigens ist gleich im Anfange des Gesetzes bevorwortet, daß die Criminalgerichte, wie solches die Natur des inquisitorischen Prozesses mit sich bringe, nach wie vor streng verpflichtet seien, das öffentliche Interesse auch von Amtswegen wahrzunehmen. Dieser öffentliche Anwalt nun handelt stets nur in Folge eines besonderen vom Justizministerio empfangenen Auftrages. Es sind ihm zur Wahrnehmung seines Amtes zwei Rechtsmittel gegeben: die Beschwerde und die Revision. Jene ist zulässig, wenn ein Criminalgericht aus unrichtigen Gründen von einem criminellen Verfahren in einer Sache überhaupt abzustehen beschlossen hat. Sie ist bei dem zunächst vorgesetzten Gerichte anzubringen, kann in allen Fällen bis zur höchsten Instanz verfolgt werden, und ist, so lange das Verbrechen nicht etwa durch Verjährung straflos geworden ist, an gar keine Frist gebunden. Die Revision findet statt, wenn durch die Entscheidung eines Criminalgerichtes ein Angeschuldigter entweder ohne genügende Gründe freigesprochen, oder von der Instanz entbunden, oder in eine zu gelinde Strafe verurtheilt ist. Zuständig für die Revision ist das dem erkennenden Gerichte zunächst vorgesetzte höhere Gericht. Sie muß binnen zwei Monaten vom Tage der geschehenen Eröffnung des Erkenntnisses angemeldet und begründet werden[58]). Wird das Erkenntniß in der Revisionsinstanz bestätigt, so ist ein weiterer Antrag auf Revision nicht mehr zulässig, wogegen es dem Angeschuldigten, wenn der frühere Spruch zu seinem Nachtheile abgeändert wurde, freisteht, gegen die neue Entscheidung ein weiteres Rechtsmittel zu verfolgen. — Es ergibt sich hieraus, daß der hannover'sche öffentliche Anwalt mit jenem in den Staaten, wo Geschwornengerichte und Anklageverfahren existiren, eingeführten Institute eines Staatsanwaltes (ministere public, attorney general) gar nichts gemein hat[59]).

Indem wir nunmehr viertens zu dem öffentlichen Rechte im engeren Sinne übergehen, sind es I. die Verfassungsverhältnisse des hannover'schen Landes, welche eine genauere Betrachtung verdienen. Wir bemerkten schon oben (Note 25), daß eine Geschichte und Beurtheilung des Verfassungskampfes außer den Grenzen unserer Untersuchung liege, daß es dagegen unsere Aufgabe sei, die Verschiedenheit und Gegensätze der Constitutionen, um die der Streit sich dreht, darzustellen. Auf der einen Seite ist es das Staatsgrundgesetz vom 26. September 1833, auf der anderen das Landesverfassungsgesetz vom 6. August 1840, deren Inhalt uns hier beschäftigen wird. — Der Antrag der Stände auf Erlassung des Staatsgrundgesetzes hatte das Motiv: um, auf dem bestehenden Rechte beruhend, solches zu ergänzen, den Bedürfnissen gemäß zu verbessern und durch klare Gesetzworte die Verfassung vor

---

58) Als Seitenstück zu den dem öffentlichen Anwalte ertheilten Fristen mag hier die Vorschrift Erwähnung verdienen, nach welcher die Rechtsmittel zu Gunsten des Angeschuldigten binnen drei Wochen ausgeführt werden sollen.

59) Zu vergleichen über das fragliche Gesetz ist: Teutsche Monatsschrift für Literatur und öffentliches Leben Bd. 1, Aprilheft. Leipzig 1842.

Zweifel und Angriff zu schützen. In Gemäßheit dieses Grundgedankens enthalten die allgemeinen Bestimmungen des Staatsgrundgesetzes eine Bestätigung der Rechte, indem es im §. 3 heißt: der König ertheilt dem Lande die feierliche Zusicherung, in der Ausübung seiner königlichen Rechte die Rechte der Unterthanen, die Rechte der Gemeinden und Körperschaften, die Rechte der Kirchen, die Rechte der Provinziallandschaften und der allgemeinen Ständeversammlung — ungeschmälert aufrecht zu erhalten und gegen alle Eingriffe zu schützen u. s. w. Dem Landesverfassungsgesetze fehlt eine solche allgemeine feierliche Zusicherung. — Das Staatsgrundgesetz bestimmt, daß eine Regentschaft eintreten solle, wenn der König entweder minderjährig oder sonst an der eigenen Ausübung der Regierung verhindert sei (§. 14); das Landesverfassungsgesetz dagegen läßt eine Regentschaft nur dann eintreten, wenn der König minderjährig ist, oder sich in einem solchen geistigen Zustande befindet, welcher ihn zur Führung der Regierung unfähig macht (§. 17); jenes sichert in §. 21 den Ständen das uralte Recht, im Falle keine zur Regentschaft berechtigte Person vorhanden, aus den teutschen Fürstenhäusern den Regenten zu ernennen; dieses gibt der teutschen Bundesversammlung die Befugniß, drei Bundesfürsten auszuwählen, welche aus einem teutschen Fürstenhause die Person des Regenten bestimmen (§. 21). — Die frühere Verfassung gab im §. 40 die Zusicherung, daß die Freiheit der Presse unter Beobachtung der gegen deren Mißbrauch zu erlassenden Gesetze und der Bestimmungen des teutschen Bundes stattfinden solle. Die neue Verfassung schweigt hiervon gänzlich. — In den Grundsätzen über die Verfassung der Gemeinden sind sich die beiden Gesetze, von einzelnen Ausnahmen abgesehen, ziemlich gleich. Das Landesverfassungsgesetz macht auch die Wahl des Stadtrechnungsführers von höherer Bestätigung abhängig (§. 59); während das Staatsgrundgesetz diese nur bei der Wahl der stimmführenden Mitglieder des Magistrates und des Stadtgerichtes vorschreibt (§. 53). Jenes gibt dem Magistrate die Befugniß der Abnahme der städtischen Rechnungen, wogegen das Staatsgrundgesetz dieselbe den Vertretern der Bürgerschaft ertheilt. Letzteres stellt eine Superrevision der Rechnungen in die Willkür der Regierung, die neue Verfassung verpflichtet dieselbe unbedingt dazu. — Das System des Rechtsschutzes in dem Staatsgrundgesetze beruht auf dem Zusammenhange folgender Bestimmungen desselben. Alle vom Könige ausgehende Verfügungen bedürfen zu ihrer Giltigkeit der Contrasignatur eines Ministers, und dieser ist dem Könige und dem Lande dafür verantwortlich, daß die Verfassung nicht verletzt werde. Die Ständeversammlung ist befugt, eine Anklage gegen den Minister zu erheben (§. 151). Alle Behörden sind eidlich verpflichtet, das Staatsgrundgesetz genau zu beobachten, und die in gehöriger Form erlassenen verfassungswidrigen Befehle Vorgesetzter befreien sie nur von der Verantwortlichkeit, ohne sie zu verpflichten, selbst die Verfassung zu verletzen (§. 161). Alle Ansprüche aus wohlerworbenem Privatrechte gegen den Fiscus des Königs oder des Staates gehören, wie andere Privatrechtssachen, zur Competenz der ordentlichen Gerichte; während auf der anderen Seite die Gerichte nicht befugt sind, die einst-

weilige **Ausführung** von Verfügungen der Verwaltungsbehörden zu hemmen (§. 37 und 38). Vielmehr sollen die Streitigkeiten, welche zwischen der Verwaltung und den Gerichten darüber entstehen, ob eine Sache zur gerichtlichen Entscheidung geeignet sei, oder zur Competenz der Administration gehöre, durch eine zu diesem Zwecke besonders zu bildende Section des Geheimenrathscollegiums, welche zur Hälfte aus einer unveränderlichen Anzahl dauernd aus den höheren Justizcollegien zu ernennender Mitglieder bestehen muß, entschieden werden (§. 156). Auch kann die Entlassung vom Richteramte nur durch Urtheil und Recht verfügt werden (§. 163), und alle Verordnungen und Gesetze haben nur Verbindlichkeit, wenn sie in verfassungsmäßiger Form verkündigt werden (§. 89). Die neue Verfassung ist theilweise von anderen Grundsätzen ausgegangen. Die Minister sind **allein dem König** für die Vollziehung der Gesetze und Verordnungen und der königlichen Befehle verantwortlich (§. 168); die Verwaltungsbehörden und selbst die Gerichte haben alle Erlasse des Königs zu befolgen (§. 123), und eine ausdrückliche Verpflichtung der Behörden auf das Landesverfassungsgesetz ist nicht angeordnet. Nur diejenigen Beamten, welche **lediglich** zur Classe der Richter gehören (also nicht alle die, welche, wie es die Verfassung der Aemter mit sich bringt, zugleich ein Verwaltungsamt bekleiden), sind ohne richterliches Erkenntniß nicht vom Amte zu entfernen (§. 176). Zwar sind alle Ansprüche aus einem Privatrechte gegen den Fiscus zur Competenz der ordentlichen Gerichte verwiesen (§. 38); indeß der Verletzte muß auch hierbei erst bis zur höchsten Verwaltungsbehörde um Abhilfe seiner Beschwerde vergeblich nachgesucht haben (§. 40), und über die Competenzconflicte entscheidet ein Staatsrath ohne die Garantieen, welche §. 156 der früheren Verfassung gewährte. Der König ist darnach der einzige Wächter aller Rechte der Unterthanen. — In den Bestimmungen über die Rechte der allgemeinen Ständeversammlung weichen beide Verfassungen mehrfach ab. Das Staatsgrundgesetz stellte an die Spitze den Satz: die allgemeine Ständeversammlung ist berufen, die grundgesetzlichen Rechte des Landes zu vertreten und dessen dauerndes Wohl möglichst zu befördern (§. 83); wogegen das Landesverfassungsgesetz die Befugniß der Stände darauf beschränkt, die ihnen in dem Gesetze ausdrücklich beigelegten Rechte wahrzunehmen (§. 111). Nach dem Staatsgrundgesetze ist zu allen Gesetzen, welche das ganze Königreich oder den Bezirk mehrerer Provinziallandschaften betreffen, die **Zustimmung** der allgemeinen Ständeversammlung erforderlich; das Recht der ständischen Zustimmung bezieht sich auf den ganzen wesentlichen Inhalt des Gesetzes; in dem Eingange des Gesetzes ist die erfolgte verfassungsmäßige Zustimmung der Stände zu erwähnen, und nur durch Beobachtung dieser Form erhalten die Gesetze für alle Unterthanen unbedingte Verbindlichkeit (§. 85, 89); Gesetzentwürfe gelangen von Seiten der Regierung an die Stände, doch haben auch diese die Initiative (§. 88). Die neue Verfassung bestimmt: Landesgesetze werden vom König unter **Mitwirkung** der Stände erlassen. Bei Landesgesetzen über die Steuern, oder bei solchen, durch welche den Unterthanen neue Lasten oder Leistungen auferlegt oder

die bestehenden abgeändert werden sollen, hat die allgemeine Ständeversammlung das völlige Recht der Zustimmung (§. 113, 114); die „Mitwirkung" ist im §. 115 genauer definirt und kömmt im Ganzen dem Rechte der Zustimmung ziemlich nahe; die Entwürfe können nur von dem König an die Stände, nicht aber von diesen an den König gebracht werden (§. 119); schon durch die bloße Verkündigung von Seiten des Königs erhalten die Gesetze verbindliche Kraft (§. 123). — Das den Ständen durch das Staatsgrundgesetz verliehene Recht der Oeffentlichkeit, so wie das Recht, jährlich versammelt zu werden, sind durch die neue Verfassung abgeschafft. — Hinsichtlich der Provinziallandschaften hatte das Staatsgrundgesetz eine zeitgemäße Reform in Aussicht gestellt und die Grundzüge dazu angegeben. Diese Bestimmungen sind in der neuen Verfassung weggelassen. — Eine der wichtigsten Streitfragen in dem hannover'schen Verfassungskampfe war die über die Finanzen und Domänen. Das Staatsgrundgesetz hatte darüber unter Anderem Folgendes festgestellt. Alles, was zu den Domänen gehört, namentlich Schlösser, Güter, Gefälle, Forsten, Bergwerke u. s. w., machen das Krongut aus. Die Aufkünfte desselben sollen ohne Ausnahme zum Besten des Landes verwandt werden. Dem Könige gebührt davon zur Deckung der Kosten für die Hofhaltung jährlich die Summe von 500,000 Rthlr. Conv.-Münze. Um ihn wegen der Abtragung dieser Summe zu sichern, soll ein vom Könige auszuwählender Complex aus dem Krongute ausgeschieden werden, dessen jährlicher Ertrag nach Abzug aller darauf haftenden Ausgaben und Lasten sich auf 500,000 Rthlr. beläuft. Alle aus dem Krongute und aus den Regalien aufkommenden Einnahmen sollen mit den Landesabgaben, Chausseegeldern und Sporteln in eine einzige Generalcasse fließen, aus welcher alle Ausgaben bestritten werden. Die neue Verfassung bestimmt unter Anderen über diesen Gegenstand, daß die Domänen ein Fideicommiß bilden sollen, daß die Verwaltung desselben, so wie der Aufkünfte allein vom Könige abhängen, daß der Ertrag aus den Domänen und Regalien künftig nicht mit den Steuern und Chausseegeldern vereint in eine gemeinschaftliche Casse fließen, sondern die Trennung der königlichen Cassen und der Landescassen wieder hergestellt werden, und daß die königliche Casse allein vom Könige abhängig und nach den von ihm zu treffenden Anordnungen verwaltet werden solle. Die erforderlichen Ausgaben für die Kosten der Landesverwaltung und sonstige Bedürfnisse sind nach bestimmten Gegenständen auf die königliche und die Landescasse zu vertheilen.

Im Uebrigen enthält das Landesverfassungsgesetz in Uebereinstimmung mit dem Staatsgrundgesetze noch folgende hier hervorzuhebende Bestimmungen:

Der König vereinigt in sich die gesammte Staatsgewalt. Das Recht der Thronfolge gebührt dem Mannesstamme aus rechtmäßiger, ebenbürtiger und hausgesetzlicher Ehe. Die Ordnung der Thronfolge wird durch die reine Linealfolge nach dem Rechte der Erstgeburt bestimmt. Nach Erlöschen des Mannesstammes der gegenwärtigen königlichen Linie geht die Thronfolge auf den Mannesstamm der jetzigen braunschweig-wolfen-

büttel'schen Linie und nach dessen Erlöschen auf die weibliche Linie über. Mit dem zurückgelegten 18. Jahre ist der König volljährig. — Die Freiheit der Person und des Eigenthums der Unterthanen ist keiner anderen Einschränkung unterworfen, als welche Gesetze und Rechte bestimmen. Jeder Landeseinwohner genießt völlige Gewissens- und Glaubensfreiheit und ist zu Religionsübungen mit den Seinigen in seinem Hause berechtigt. Alle Unterthanen sind zum Kriegsdienste gleichmäßig verpflichtet und nach gleichmäßigen Grundsätzen zur Tragung der allgemeinen Staatslasten verbunden. Niemand darf verhaftet werden als in den durch Recht und Gesetz bestimmten Fällen. Niemand darf seinem ordentlichen Richter entzogen werden, außer in den im Prozeßgange oder in den Gesetzen im voraus bestimmten Fällen, oder wenn der König aus besonderen Gründen nach Anhörung seines Staatsrathes (nach dem Staatsgrundgesetze: auf den Bericht des Gesammtministeriums) die Competenz auf ein anderes ordentliches Gericht zu übertragen für nothwendig erachten sollte. — Keine Gemeinde kann mit Ausgaben oder Leistungen beschwert werden, wozu sie nicht durch Recht oder Gesetz verbunden ist. Den Gemeinden und den Verbänden mehrerer Gemeinden steht das Recht zu, ihr Vermögen selbst zu verwalten. Die Oberaufsicht der Verwaltung darf sich nicht weiter erstrecken, als dahin, daß das Vermögen erhalten, dessen Einkünfte ihrer Bestimmung gemäß verwandt und bei Anordnung und Vertheilung der Gemeindeabgaben angemessene, auch die Rechte und das allgemeine Wohl nicht verletzende, Grundsätze befolgt werden. Die Verfassung und Verwaltung der Städte soll auf folgenden Grundsätzen beruhen: die Bürger ernennen durch freie Wahl ihre Vertreter, jedoch nicht auf deren Lebenszeit; die Städte haben das Recht, ihre Magistrate und übrigen Gemeindebeamten selbst zu erwählen; an den Wahlen nehmen die Vertreter und Magistrate Theil; die Vertreter der Bürgerschaft nehmen wenigstens an allen Angelegenheiten Antheil, welche das Vermögen der Stadt, deren Rechte und Gerechtigkeiten, wie auch deren Verbindlichkeiten betreffen, namentlich an der Veranlagung und Vertheilung neuer und der Prüfung bestehender Gemeindeabgaben, Lasten und Leistungen; ihrer Controle ist die Verwaltung des städtischen Vermögens unterworfen. — In der Regel sollen die Landgemeinden das Recht haben, ihre Gemeindebeamten mit Vorbehalt obrigkeitlicher Bestätigung zu wählen. — Für die einzelnen Provinzen des Königreichs sollen Provinziallandschaften, für das ganze Königreich eine allgemeine Ständeversammlung bestehen. Letztere besteht aus zwei Kammern, die sich in ihren Rechten gleich sind. In der ersten Kammer sitzen theils erbliche Mitglieder, theils von den Ritterschaften auf die Dauer eines Landtages erwählte Deputirte, theils solche, die vom Könige ernannt, oder wegen ihrer amtlichen Stellung berechtigt sind. Die zweite Kammer besteht größtentheils aus Deputirten der Städte und Flecken, und aus Deputirten der Grundbesitzer. Die Deputirten der Städte werden gemeinschaftlich gewählt von den Mitgliedern des Magistrates, den Bürgervorstehern und besonderen, von den Bürgern dazu ernannten Wahlmännern. Bei der Wahl der Deputirten der nicht zur Ritterschaft gehörenden Grundbesitzer findet eine dreifache

Stufe statt. Die Landgemeinden wählen Bevollmächtigte, diese ernennen Wahlmänner, und letztere erwählen den Deputirten. Um Deputirter sein zu können, wird ein gewisses Vermögen erfordert. Ein Landtag dauert regelmäßig sechs Jahre. —

II. Hiernächst wenden wir uns zu einer kurzen Uebersicht der Verfassung der Behörden und der Staatsdienerschaft. An der Spitze der Staatsverwaltung steht das seit November 1837 neu geschaffene Cabinet des Königs. Zwei Cabinetsverordnungen vom 14. November 1837 und 26. Februar 1839 enthalten Regeln über den Wirkungskreis des Cabinets. Der Staats- und Cabinetsminister ist der einzige Rath im Cabinet und hält dem Könige die erforderlichen Vorträge. Diesem Minister ist namentlich übertragen die Geschäftsführung in den Angelegenheiten des königlichen Hauses, in denjenigen, welche die Verhältnisse zum teutschen Bunde betreffen, in den auswärtigen Angelegenheiten, so wie die Leitung der Verhandlungen mit der allgemeinen Ständeversammlung und den Provinziallandschaften. — Außerdem bestehen einzelne Ministerien, denen Staats- und Departementsminister vorgesetzt sind. Diese führen die Verwaltung in dem angewiesenen Wirkungskreise selbstständig. Wenn in ihren Departements Gegenstände von Wichtigkeit vorkommen, bei welchen sämmtliche Minister, oder doch der größere Theil derselben interessirt sind, so können sie nach einer Cabinetsverordnung vom 20. Januar 1838 in eine berathende Conferenz zusammentreten. Die einzelnen Ministerien sind: das Justizministerium, das Ministerium der geistlichen und Unterrichtsangelegenheiten, das Ministerium der Finanzen und des Handels, das Ministerium des Innern und das Kriegsministerium. — Durch die Cabinetsverordnung vom 21. Januar 1839 wurde ein Staatsrath errichtet. Derselbe hat die zu erlassenden Gesetze und Verordnungen einer vorgängigen Prüfung zu unterziehen, über wichtige Regierungsangelegenheiten Gutachten zu ertheilen, und endlich die zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden entstandenen Competenzstreite zu entscheiden. Er besteht aus den volljährigen Prinzen des königlichen Hauses, aus ordentlichen und aus außerordentlichen Mitgliedern, und zerfällt in das Plenum und in mehrere Abtheilungen.

Die eben genannten kann man als die Centralbehörden betrachten. Eine mittlere Instanz bilden unter Anderen: 1) die Domänenkammer. Sie steht unter der Oberaufsicht des Finanzministers und hat das gesammte Domanialgut zu verwalten. 2) Das durch eine Verordnung vom 30. Junius 1841 neu errichtete Obersteuercollegium, welches in zwei Abtheilungen zerfällt, von denen die eine als Generaldirection der directen Steuern, die andere als Generaldirection der indirecten Steuern fungirt. Ihm liegt die gesammte Steuerverwaltung des Königreiches, auch die Direction der Zölle, die Verwaltung der Elb- und Weserzölle ob. 3) Die Landdrosteien, deren es im Ganzen sechs gibt. Sie sind die eigentlichen mittleren Regierungsbehörden und ihr Wirkungskreis dehnt sich aus über Alles, was zu den Regiminal-, Polizei- und Gewerbesachen gehört.

Die untere Instanz in der Staatsverwaltung bilden die königlichen Aemter, die Stadtmagistrate und die Patrimonialgerichte.

Eine Trennung der Administration von der Justiz, welche bei den oberen Behörden fast allgemein durchgeführt ist, hat bisher in dieser unteren Instanz nur in den meisten Städten erreicht werden können, wo dann die Magistratscollegien in einen verwaltenden Magistrat und in das Stadtgericht zerfallen. Als Verwaltungsbehörden vereinigen die Aemter in sich alle Attribute, die zu dem Begriffe der Obrigkeit gehören. Sie verwalten die Polizei und haben die Regiminal- und Militärsachen zu besorgen, so wie ihnen auch die Beschreibung und Veranlagung in Steuerangelegenheiten obliegt, ferner als Unterbehörde der Domänenkammer die Wahrnehmung alles dessen, was sich auf die Domänen bezieht. — Die Magistrate haben neben der Verwaltung des Communalvermögens in ihrer Eigenschaft als Gemeindebeamten zugleich die Hoheitssachen in den Städten zu besorgen, in welcher Hinsicht sie den oberen Regierungsbehörden unterworfen sind. — Die Patrimonialgerichte werden in geschlossene und ungeschlossene eingetheilt. Nur den ersteren liegen, ähnlich wie den Aemtern, alle Hoheitssachen in erster Instanz ob, während die letzteren außer der Verwaltung der niederen Polizei blos die eigentliche Rechtspflege zu besorgen haben.

Was die Gerichte betrifft, so zerfallen diese in ein Obergericht, in Mittelgerichte und Untergerichte. Jenes ist das Oberappellationsgericht in Celle. Dasselbe wurde im Jahre 1711, nachdem einige Jahre vorher das braunschweig-lüneburg'sche Haus jüngerer Linie zur Churwürde gelangt war, errichtet. Anfangs nur aus einem Präsidenten, einem Vicepräsidenten und neun Räthen bestehend, wurde das Personal des Gerichtes im Laufe der Zeit so sehr vermehrt, daß dasselbe gegenwärtig mit einem Präsidenten, zwei Vicepräsidenten und drei und zwanzig Räthen besetzt ist. Die Mitglieder des Gerichtes bilden zwei Bänke, die adlige und die gelahrte; die Zahl der einen Bank soll die der anderen nie um mehr als zwei übersteigen. Als ein Ueberbleibsel der älteren teutschen Gerichtsverfassung hat sich die Regel erhalten, daß ein Theil der Räthe, und zwar gegenwärtig funfzehn, von den Provinziallandschaften präsentirt werden. Die übrigen acht Räthe, so wie den Präsidenten und die beiden Vicepräsidenten ernennt der König. Es bestehen zur Erleichterung der Geschäfte einzelne Abtheilungen des Gerichtes, die als Deputationen desselben anzusehen sind, nämlich drei Appellationssenate und drei Urtheilssenate. In gewissen Sachen handelt auch das Plenum. Jeder ernannte oder präsentirte Rath muß sich einer Prüfung bei dem Gerichtshofe unterwerfen. — Durch das Gesetz vom 8. September 1840 wurde bei dem Oberappellationsgerichte ein Criminalsenat errichtet. Derselbe ist vorzugsweise dazu bestimmt, die Criminalsachen zu entscheiden, kann aber auch zu einer Beihilfe in den Civilsachen zugezogen werden, und besteht aus fünf Räthen. — Der Gerichtshof hat auch die Prüfung der Räthe und Assessoren, welche bei den Mittelgerichten angestellt werden sollen, so wie der Advocaten vorzunehmen.

Der Mittelgerichte, die den Namen Justizcanzleien führen, sind sieben, und außerdem zwei standesherrliche: die fürstlich Bentheim'sche Justizcanzlei zu Bentheim und die herzoglich Arenbergische Justiz-

canzlei zu Haselüne. Für eximte Personen und Sachen bilden sie das Forum erster Instanz, sonst aber das Forum zweiter Instanz. Sie vereinigen die Criminal- und Civiljurisdiction. — Durch eine Verordnung vom 30. April 1823 sind bei den Justizcanzleien sogen. Pupillencollegia errichtet, welche abgesondert von dem eigentlichen Gerichtshofe diejenigen Geschäfte zu besorgen haben, die sich auf die Person und das Vermögen der Minderjährigen und Curanden, so wie auf die Verwaltung der in Concurs befindlichen Gütermassen beziehen. — In Steuercontraventionssachen gehen die Berufungen an die Justizcanzleien. — Den Provinziallandschaften steht in der Regel das Recht zu, eine oder mehrere Rathsstellen zu besetzen.

Die Untergerichte bilden die bereits oben erwähnten königlichen Aemter und Patrimonialgerichte und die Stadtgerichte. Sie vereinigen in sich die streitige und die freiwillige Gerichtsbarkeit. Die Stadtgerichte verwalten in der Regel auch die Criminaljustiz, und zwar so, daß sie nicht nur die Untersuchung führen, sondern auch das erste Erkenntniß abzugeben haben. Den Aemtern steht nur die Untersuchung der begangenen Verbrechen zu. Den Patrimonialgerichten der Gutsherren ist dagegen die Criminaljustiz entzogen und auf die landesherrlichen Aemter, in deren Bezirk sie liegen, übertragen. Dieß bestimmt eine Verordnung vom 13. März 1821. Dieselbe enthält unter Anderen noch folgende Vorschriften. Auch der Gerichtsherr selbst kann die Verwaltung des Gerichtes übernehmen, doch darf er in keinem Falle in eigener Sache verfahren, und außerdem muß er sich einer Prüfung seiner Rechtskenntnisse unterwerfen. Der Gerichtshalter wird der Regierung präsentirt, darf in keinen Privatdiensten des Gutsherrn stehen, und ist als wirklicher Staatsdiener anzusehen.

Bei den Gerichten ist auch mit einigen Worten die Verfassung des Advocatenstandes zu erwähnen. Eine Verordnung vom 9. April 1832 enthält darüber mehrere Vorschriften. Der Advocat muß sich zwei Prüfungen unterwerfen: zuerst, wenn er als Rechtscandidat die Universität verlassen hat; darauf, nachdem er drei Jahre lang, sei es bei einem Gerichte, oder unter Anleitung eines älteren Advocaten, sich mit practischen Arbeiten beschäftigt hat. Das Justizministerium bestimmt den Wohnsitz des Advocaten, welcher ohne Genehmigung des ersten bei Strafe des Verlustes der Advocatur nicht verändert werden darf. Die wichtigste Bestimmung in der Verordnung ist wohl die, daß den Justizcanzleien die allgemeine Disciplinargewalt über die Advocaten übertragen ist, sie also in dieser Hinsicht den Verwaltungsbehörden nicht unterworfen sind. Nach jener Verordnung soll es auch den Advocaten freistehen, Deputationen oder Ausschüsse aus ihrer Mitte zu bilden, denen eine Theilnahme an Handhabung der Disciplin gebührt.

III. Zuletzt gedenken wir noch kurz des Gemeindewesens. Abgesehen von den bei Darstellung der Verfassungsverhältnisse erwähnten grundgesetzlichen Bestimmungen, hat Hannover kein allgemeines Gesetz über die Einrichtung der Gemeinden. Seit dem Jahre 1820 hat man den Weg eingeschlagen, für die einzelnen Städte besondere Verfassungen

zu erlassen, während die Verhältnisse der Landgemeinden meistens auf dem Herkommen und einseitigen, oft willkürlichen Befehlen der Behörden beruhen. Die Zustände der Landgemeinden sind sehr mannigfaltig, oft höchst verwickelt. Am selbstständigsten hat sich im Norden des Landes, insbesondere an den friesischen Küsten, das Gemeindewesen entwickelt. Sehr nachtheilig ist von jeher für die Landgemeinden der Umstand gewesen, daß die Aemter neben ihrer Pflicht, die Domäne zu vertreten, zugleich die Gerichtsbarkeit und die Polizei über die Gemeinden ausgeübt haben.

Havarie[1]). I. Begriff und Eintheilung. Unter dieser Benennung begreift man jetzt alle bei einer Seereise sich ergebenden

---

1) Quellen. Aeltere: Dig. L. Rhodia de iactu XIV. 2. Basilicon L. 53, t. [illegible] de naufragio et iactu et collectione (b. Pardessus, collection des droits maritimes antérieures au XVIII. siecle T. I. p. 187.). Leges Graecorum qui in insula Cypri latinis Regibus subditi erant t. 3. c. 7. 8. (Pardessus I. p. 193.) Synopsis Basilicon minor c. 57—63. (Pardessus I. p. 202.) Constant. Harmenopuli L. II. t. 11. (Pardessus I. p. 206.) LL. Rhodiorum maritimae exc. e lib. XIV. Dig. c. 11. 20. 30 sq. (Pardessus I. p. 243.) Assises de Jerusalem de la court des Bourgois c. 42. (Pardessus I. p. 277.) Rôles d'Oleron art. 8. 9. (Pardessus I. p. 328.) Waterrecht ten Damme c. 8. 9. (Pardessus I. p. 375.) Waterrecht v. Westcapellen c. 9. 10. (Pardessus I. p. 387.) Scipprecht v. Amsterdam, Enchuysen et Staveren art. 2. 3. (Pardessus I. p. 406.) Wisbyer Waterrecht C. 7, 14, 23, 41 (Pardessus I. p. 466.). Consolato del mare c. 50—54. 67. 150. 239.. 245. 257. (Pardessus T. II. p. 101 sq.) Guidon de la mer. c. 5. (Pardessus II. p. 369.) Hanseat. Seerecht Tit. 8 (Pardessus II. p. 548.). Hamb. Statuten v. 1270 XIII. 22 (Anderson, Hamb. P.-R. I. S. 120). Statuten v. 1497 P. Art. 31—41 (Anderson I. S. 480 flg.). Aeltere lübische Statuten Codex v. 1294 Art. 206. Hach, das alte lübische Recht S. 354, daselbst Abth. IV, Art. 36, 67, S. 567, 578. Ordonantie Philipp II. v. 1563 T. 4 (Pardessus IV. p. 79.). Ordonance de la marine de 1681. Lib. II. t. 7. 8. (Pardessus IV. p. 380.) Statut von Genua v. 1588 B. IV, C. 16 (Pardessus p. 581.), v. Pisa v. 1160 XVI. (Pardessus IV. p. 581.), v. Venedig v. 1255 C. 107, 108 (Pardessus V. p. 53.), v. Ancona v. 1397 Rubr. 86 (Pardessus V. p. 184.). Ordinamenta civit. Tarni a. 1063. c. 36—37. (Pardessus V. p. 246.) Ordinatio Petri R. Arragonis a. 1340. c. 27. 30. (Pardessus V. 363.) Von den älteren bei Pardessus sich nicht befindlichen Quellen gehören hierher noch: Ordinanzas de Bilbao a. 1737. c. XX. Ordonantie v. Assec. ende Avarye der Stadt Rotterdam a. 1721. art. 83—99. (in Magens, Versuch über Assec., Havareien und Bodmereien S. 566). Preußisches Seerecht v. 1721 C. 8 (bei Magens a. a. O. S. 740 flg.). — Die jetzt geltenden Rechtsquellen sind aber: Hamburger Statuten v. 1605 Th. II, T. 16. Hamb. Assecuranz- und Havarieordnung v. 1731 Tit. XXI, XXII (Klefecker, Sammlung Hamb. Gesetze Bd. 1, S. 63). Lübecker Statuten B. VI, T. 2, Art. 1—5 (auch b. Pardessus IV. p. 441.). Preuß. Landrecht II. 8. §. 1766 flg. Dänisches Gesetzbuch Christian V. B. 4, C. 3 (b. Pardessus III. p. 288.). Privilegien der Copenhagener Assecuranzcompagnie v. 1. Juli 1746 (b. Magens a. a. O. S. 1045). Schwedisches Seerecht v. 1667 Th. 5, C. 10—15 (Pardessus III. p. 175.).

Schäden und Kosten, sowohl die gewöhnlichen, als die außergewöhnlichen, die durch besondere Seeunfälle und Gefahren herbeigeführt werden. Darauf gründet sich denn die Unterscheidung der ordinären oder kleinen und der extraordinären, d. h. nur bei außerordentlichen Umständen sich ergebenden Havarie. Im engeren Sinne werden aber nur die außerordentlichen Schäden und Kosten einer Seereise Havarie genannt. So heißt es im Code de commerce art. 397.: Toutes depenses extraordinaires faites pour le navire et les marchandises, conjointement ou separément, tout dommage qui arrive au navire et aux marchandises depuis leur chargement et départ jusqu'à leur retour et déchargement, sont réputés avaries[2]). Endlich beschränkt man aber Havarie auf diejenigen außerordentlichen Schäden und Kosten, welche nicht, wie es den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gemäß ist, von dem, welcher davon betroffen oder zu dessen Lasten sie gemacht worden sind, also hier von dem Schiffeigenthümer oder den Ladungsinteressenten für sich allein, sondern von ihnen gemeinschaftlich getragen werden müssen. So besonders die englischen Schriftsteller[3]). Nur in dieser beschränkten Bedeutung bezeichnet Havarie ein dem Seerechte eigenthümliches Rechtsinstitut. Der Name ist aber wahrscheinlich spanischen Ursprunges und

---

Schwedische Assecuranz- und Havarieordnung v. 2. Oct. 1750 (Magens a. a. O. S. 884). Russische Ordnung der Handelsschifffahrt übers. v. Arndt (1781) Hptst. XII. Code de commerce art. 397—429. Holländisches Handelsgesetzbuch v. 1838 (übers. v. Schumacher, Hamb. 1840), §. 696—740. Codigo di Commercio a. 1829. L. III. t. 4. sec. 1. Regolamento provis. di commercio Roma 1821 art. 391—429. — Literatur: Eichhorn, teutsch. Privatrecht §. 105. Mittermaier, teutsch. Privatrecht §. 314—318 (5. Aufl.). Martens, Handelsrecht §. 184—189. Benecke, System des Assecuranz- und Bodmereiwesens Bd. 4, S. 1—259. Desselben: Treatise on the principles of indemnity in marine insurance. (Lond. 1824.) C. 5. Pöhls, Handelsrecht Bd. 3, S. 625—777. Watsen, de Avariis c. obss. van Leuwen. Amst. 1672. 1697. Franz. 1703. Magens, Versuch über Assecuranzen, Havareien und Bodmerreien. Hamb. 1753. 4. H. M. Kleffecker, von der Havarie grosse. Göttingen 1798. R. Stevens, essay on avarage etc., teutsch v. Schumacher. Hamb. 1829. Pothier, de la contribution aux avaries, in dem supplement du contract de louage. Tönnies, über Havarie grosse und über nothwendige Abhilfe häufiger Mißbräuche bei derselben, 2. Aufl. Hamb. 1823. M. Pöhls, Bemerkungen über Havarie grosse nach Principien des Rechtes und der Handelspolitik. Hamb. 1823. Hieran reihen sich noch mehrere zwischen Tönnies und Pöhls gewechselte Streitschriften, die in des letzteren Handelsrecht Bd. 3, S. 628, verzeichnet sind. Daselbst findet man auch eine Reihe Dissertationen über diesen Gegenstand angegeben; so wie die besonders auf den Titel der Digesten über die lex Rhodia de iactu in Glück's Commentar Bd. 14, S. 199, nachgewiesen sind. Von der Havarie ist mehr oder minder ausführlich die Rede auch in allen übrigen hier nicht angegebenen, das ganze Handelsrecht oder nur das Seerecht umfassenden, oder sich mit den Seeassecuranzen beschäftigenden Werken. S. die Art. dieses Lexikons: Bodmerei, Seerecht, Versicherung.

2) Aehnlich das holländ. Handelsgesetzbuch v. 1828 (übers. v. Schumacher, Hamb. 1840) Art. 696.

3) S. z. B. Stevens, über Havarie und Assecuranzen S. 2.

kommt von Haberes, Averes, Güter, Kaufmannsgüter, her[4]); es würde also ein Verlust sein, den nicht die Schiffinteressenten allein, sondern die Verlader der Waare mit ihnen gemeinschaftlich tragen müssen. — Statt aber Havarie auf diese seine ursprüngliche und richtigere Bedeutung zu beschränken, unterscheidet man diejenigen Schäden und Kosten, welche von den Interessenten des Schiffes oder von den Verladern der Waare, welche beschädigt oder um deren Erhaltung willen die Kosten gemacht worden sind, allein getragen werden müssen, durch die Bezeichnung particuläre Havarie, und nennt die andere: gemeinschaftliche oder auch große Havarie (Havarie grosse). So fast alle unsere Gesetze und Schriftsteller, mit dem Unterschiede, daß einige drei Arten der Havarie kennen, die ordinäre, die particuläre und große, andere nur die beiden letzteren. Eine dreifache Havarie nehmen z. B. an die Hamburg'sche Assecuranz- und Havarieordnung[5]), das preußische Landrecht[6]); eben so war es aber früher in Frankreich und Holland der Fall, während die neueren Gesetzbücher dieser beiden Länder nur zwei Arten der Havarie kennen[7]). In Holland verstand man früher unter geemene avarie die sogen. ordinäre oder kleine Havarie, hat sich aber in neuerer Zeit dem französischen Sprachgebrauche zugewendet, wornach avarie commune mit großer Havarie gleichbedeutend genommen wird. Eigentlich gibt es aber, wie aus dem Obigen sich ergibt, nur eine Havarie: nämlich die große. Das Princip derselben ist: Aufopferungen, welche auf einer Seereise gemacht sind, um einer gemeinsamen Gefahr zu entgehen, müssen, wenn dieser Zweck erreicht worden, von Schiff und Ladung gemeinschaftlich getragen werden. — Es tritt also in solchen Fällen drohender Gefahr eine Gemeinschaft zwischen Schiff und Ladung und den Ladungsinteressenten unter sich ein, vermöge welcher das, was die Rettung gekostet hat, allen verhältnißmäßig zur Last fällt, und daher derjenige von ihnen, welcher durch die zur Rettung ergriffenen Maßregeln insbesondere gelitten hat, von den übrigen bis auf seinen Antheil wieder entschädigt werden muß. Es findet sich dieses schon in den Worten der Lex Rhodia de iactu ausgesprochen: omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est. In allen Seerechten des Mittelalters begegnen wir demselben Grundsatze wieder und zwar in einer Weise der Anwendung, daß sich der Ursprung desselben nicht verkennen läßt. Vom mittelländischen Meere aus hat er sich nach den Küsten und Inseln des westlichen und nördlichen Europa verbreitet und schon die teutschen Rechte des 13. Jahrhunderts enthalten Bestimmungen über den Seewurf[8]), wie sie die Römer von den Rhodiern angenommen haben.

---

4) Pöhls, Handelsrecht Bd. 3, S. 625.

5) Hamb. Assecuranz- und Havarieordn. v. 1731 Tit. XXI, Art. 1. Die Havarie wird in die kleine oder ordinäre und die große oder extraordinäre, auch sonst Commune oder Grossa genannt, wie auch in die particuläre eingetheilt.

6) Preuß. Landrecht II. 8. §. 1774.

7) Code de c. art. 399. Les avaries sont de deux classes, avaries grosses ou communes, et avaries simples ou particulaires. Vgl. holländ. Handelsges. Art. 698.

8) Hamb. Stadtrecht v. 1270 XIII. 22. So wor ein Schip dor

II. Erfordernisse. Die rechtlichen Erfordernisse der Havarie grosse, von welcher wir also hier zu handeln haben, sind aber demnach: 1) eine dem Schiffe und der Ladung a) gemeinschaftlich b) nahe drohende, nicht etwa blos mögliche Gefahr[9]), c) die nicht durch Verschulden, welches nur den Schuldigen treffen würde, herbeigeführt wurde[10]); 2) die Nothwendigkeit (deren Beurtheilung aber ungeachtet der mannigfachen Vorschriften, welche die Gesetze enthalten[11]), doch großentheils dem Schiffer überlassen bleiben muß)[12]), Opfer erfordernde Maßregeln zur Abwendung der Gefahr und Verminderung der möglichen Folgen zu ergreifen; 3) ein a) durch freiwilliges Handeln zur Rettung[13]) von b) Schiff und Ladung, dem Schiffe oder den verladenen Waaren zugefügter Schaden oder aufgewendete Kosten[14]), wodurch 4) ein wirklicher nicht etwa nachmals wieder ausgeglichener Verlust (z. B. durch Wiedererlangung geworfener Waaren, gekappter Taue u. s. w.) für die Schiffs-

---

Nod willen werpet, dat Schip schall mede gelden Marck Marckelicke. Alte lübische Recht herausg. v. Hach, Codex v. 1294 Art. CXXXIV. So war lude sint an waternot vnde er ghut werpet dat ghut mot dat schip unde de lude de dar gut hebben in deme schepe na marktale ghelden na deme also jowelk ghut mochte ghelden inder hauene der se to dachten.

9) Benecke a. a. O. S. 7. So, bemerkt Pöhls a. a. O. S. 652, würde von keiner Vergütung der Havarie grosse die Rede sein können, wenn ein Schiffer nach ausgebrochenem Kriege sich wegen der Gefahr genommen werden zu können, die noch keine speciell drohende ist, unter Convoy begibt.

10) Glück, Commentar XIV. S. 208. Benecke a. a. O. S. 11. Pöhls a. a. O. S. 631. Code de c. art. 405. Holländ. Handelsgesetzb. Art. 700, 707.

11) Sie schreiben, namentlich wenn Güter geworfen werden sollen, Befragung der Kaufleute vor, wenn diese sich am Bord befinden und Berathung des Capitäns mit seinen Officieren oder auch der Equipage. So schon Seerecht von Oleron Art. 8, 9. Consol. del mare c. 54. Wisbuy, Seerecht Art. 20, 21, 38 u. s. w., unter den neueren Gesetzen preuß. Landr. II. 8. §. 1795—1799. Code de c. art. 410. Holländ. H.-G.-B. Art. 700. Codigo de comm. art. 938—940.

12) S. Benecke a. a. O. S. 8, Pöhls a. a. O. S. 632, 635.

13) Ein zufälliger Schaden, z. B. wenn der Sturm einen Mast zerbricht, indem man ihn kappen wollte, gehört nicht zur Havarie. Benecke a. a. O. S. 7. Was Räuber wegnehmen, gehört nicht zur Havarie grosse, wohl aber wenn eine Abfindungssumme gegeben ist, das Aufbringen eines Schiffes abzuwenden. L. 2. §. 3. L. 6. D. de lege Rhodia de i. (14. 2.) Code de c. art. 403. Holländ. H.-G.-B. Art. 701. Benecke a. a. O. S. 78. Pöhls a. a. O. S. 631, 653. Mittermaier a. a. O. §. 317.

14) S. Heise und Cropp's Abhandlungen Bd. 1, S. 578. Hamb. Assecuranzordn. XXI. 7. Zu der großen Havarie werden gerechnet überhaupt alle außerordentlichen zu Rettung und Erhaltung Schiffes und Gutes angewendete Unkosten und in solchen Fällen entstandener Schaden. Code de c. art. 400. i. f. Et en général (sont avaries communes) — les dommages soufferts volontairement et les dépenses faites d'après déliberations motivées, pour le bien et salut commun du navire et des marchandises, depuis leur dechargement et départ jusqu'à leur retour et déchargement. Holländ. H.-G.-B. Art. 699, §. 23.

oder Ladungsinteressenten herbeigeführt ist [15]); und 5) erreichte Rettung [16]), ohne daß dabei ein Beweis verlangt werden könnte, daß diese gerade durch die ergriffenen Maßregeln bewirkt worden sei.

III. Einzelne Fälle der Havarie. Gleichsam der Hauptfall der gemeinsamen Havarie ist das Werfen eines Theiles der Ladung zur Rettung des Schiffes mit seiner übrigen Befrachtung [17]). Aus dem Seewurfe hat sich die ganze Lehre von der Havarie entwickelt, und es scheinen die römischen Juristen die in Beziehung auf den Seewurf geltenden Grundsätze weiter ausgedehnt zu haben [18]), so daß sich allmälig der jetzt geltende Grundsatz gebildet hat, daß alle Schäden, die Ladung oder Schiff um der gemeinsamen Rettung willen zugefügt, alle Kosten, die in gleicher Weise aufgewendet worden, zur Havarie grosse gezogen werden müssen [19]). Es gehört aber außer dem Werfen insbesondere dahin: das Kappen der Masten, Anker, Taue u. dgl. [20]); das freiwillige auf den Strand Laufen, um einem totalen Untergange oder dem Feinde zu entgehen [21]); das Prangen oder Hartsegeln (forces les voiles, forcer les mats), d. h. das Beisetzen aller Segel bei heftigem Winde, um dem Stranden oder Scheitern zu entgehen, wobei Schiff, Segel und Masten leiden [22]); Lösung aus der Gewalt von Räubern oder Kapern durch Hingabe eines Theiles der Ladung, einer Summe Geldes oder durch Ausstellung eines Reverses über ein an einem bestimmten Orte zu zahlendes Lösegeld [23]); Kosten für das Abbringen vom Strande, worauf ein Schiff freiwillig oder unfreiwillig gerathen ist; Extralootsgelder u. s. w. [24]). Es werden zur großen Havarie aber nicht nur die Opfer gerechnet, welche unmittelbar, um einer drohenden Gefahr zu entgehen, gebracht und die, so weit es sich beurtheilen läßt, die Rettung von Schiff und Ladung bewirkt haben, sondern auch die Schäden und Kosten, die bei Gelegenheit einer rettenden Maßregel, und um diese zur Ausführung zu bringen, gemacht sind; so wie diejenigen, welche als eine Folge dessen, was zur Rettung unternommen worden, betrachtet werden müssen. Dahin gehören Beschädigungen, welche, um einen Seewurf zur Ausführung zu bringen, an-

---

15) L. 2. §. 7. L. 4. §. 1. L. 8. D. de Lege Rhodia (14. 2.) und Glück, Comm. XIV. S. 210 flg. Benecke a. a. O. S. 15. Bes. Pöhls a. a. O. S. 634.

16) L. 4. pr. §. 1. 10. L. 5. 7. D. h. t. Glück a. a. O. S. 215 flg. Langenbeck, Seerecht S. 163. Kleefecker, v. Havarien. Gegen die Bemerkungen v. Benecke, Syst. des Assecuranzwesens IV. S. 9, 14 flg. siehe aber Pöhls a. a. O. S. 635.

17) Mittermaier a. a. O. §. 317. Pöhls a. a. O. S. 636.

18) L. 4. pr. §. ult. L. 2. §. 3. D. h. t. Glück, Commentar Bd. XIV, S. 214.

19) Mittermaier a. a. O. §. 315.

20) Benecke a. a. O. S. 24. Pöhls a. a. O. S. 639, 647.

21) Benecke a. a. O. S. 68. Pöhls a. a. O. S. 640.

22) Benecke a. a. O. S. 27. Tönnies, Beleuchtung der Schrift von M. Pöhls, über Havarie grosse S. 44. Pöhls a. a. O. S. 641.

23) Benecke a. a. O. S. 77. Pöhls a. a. O. S. 647 flg.

24) Benecke a. a. O. S. 62—68, vgl. aber damit Pöhls a. a. O. S. 641.

dere Güter erlitten haben[25]); das Einhauen von Löchern im Schiff in gleicher Absicht oder um Wasser auslaufen zu lassen[26]); Schäden, welche ein Schiff beim Abbringen nach einer vorsätzlichen Strandung erleidet[27]); Schäden, die Schiff oder Ladung bei der Vertheidigung gegen den Feind oder Räuber zugefügt worden sind[28]); Pflege und Heilungskosten der bei der Vertheidigung verwundeten Matrosen[29]); Kosten, welche durch das Einlaufen in einen Nothhafen herbeigeführt werden, so wie Verlust an Gütern, welche im Nothhafen verkauft werden mußten[30]), um jene Kosten, die Reparaturen u. s. w. bestreiten zu können[31]).

Alle diese Fälle der Havarie grosse sind nur als beispielsweise Anführungen zu betrachten, denn eine gemeinschaftliche Beitragspflicht tritt überall ein, wo jene oben angegebenen Erfordernisse vorhanden sind. Freilich ist die Anwendung der allgemeinen Principien nicht immer ohne Schwierigkeit und daher findet oftmals unter den Schriftstellern eine große Meinungsverschiedenheit statt[32]), so wie manche Gesetze oft etwas zur gemeinschaftlichen Havarie rechnen, was andere als particuläre betrachtet wissen wollen. Ueber den Seewurf, und was dabei zu beachten, enthalten die Gesetze und zwar insbesondere schon die älteren Gesetze, aus dem angegebenen Grunde und weil hier besondere verschiedene Interessen concurriren, mannigfache Vorschriften. Nach älteren Juristen soll man dem Schiffer das Privilegium beilegen müssen, daß er sich weigern könne, seine Güter zuerst zu werfen[33]). Nach dem Consulato aber soll der Kaufmann, der am Bord ist, selbst zuerst etwas werfen, aber nicht ohne den Schiffer davon in Kenntniß zu setzen, und nur wenn der Eigner der Ladung nicht gegenwärtig ist, tritt der Schiffer ganz an seine Stelle und wirft für ihn[34]). Nach anderen Gesetzen soll man zuerst das entbehrliche Schiffsgeräthe werfen[35]). Sonst ist es Regel, daß zuerst dasjenige, was auf dem Verdecke liegt, und an den Seiten des Schiffes hängt, demnächst von den gestauten Gütern diejenigen, die am schwersten wiegen und den geringsten Werth haben, geworfen werden[36]). Im all-

25) Benecke a. a. O. S. 16. Pöhls a. a. O. S. 639.
26) Pöhls ebendaselbst.
27) Benecke a. a. O. S. 65. Pöhls a. a. O. S. 641.
28) Benecke a. a. O. S. 78—80. Pöhls a. a. O. S. 646.
29) Benecke a. a. O. S. 81. Pöhls a. a. O. S. 647.
30) Benecke a. a. O. S. 32—50. Pöhls a. a. O. S. 642.
31) Pöhls a. a. O. S. 644.
32) Stevens, über Havarie, unterscheidet daher Forderungen zum Betrage in Havarie grosse, die nicht bestritten werden, S. 7—25, und solche Havariegrosseforderungen, die bestritten werden oder zweifelhaft sind, S. 25—36. S. auch Pöhls a. a. O. S. 651 flg.
33) Clairac, us. et cout. ad art. 8. des jugem. d'Oleron.
34) Consol. del mare c. 50. 54. 239.
35) Guidon de la mer c. 5.
36) Hamburg. Assecuranzordn. XXI. 4. Preuß. Seerecht v. 1727 VIII. Art. 16—18. Preuß. Assecuranzordn. v. 1766 Abschn. 26, §. 228. Preuß. Landrecht II. 8. §. 1800—1806. Ordonance de la marine art. 3. du jet. (3. 8.) Code de comm. art. 411.

gemeinen ist anzunehmen, daß Alles, was sich in dem Schiffe befindet, dem Werfen unterworfen ist, also auch Geld und Pretiosen, selbst der Passagiere. Ausgenommen sind Kleider, Geld und Kostbarkeiten, wenigstens wenn man sie am Leibe trägt, so wie meist auch Mund- und Kriegsprovision [37].

IV. Was wird in der gemeinschaftlichen Havarie ersetzt? In den Fällen nun, in welchen eine große Havarie rechtlich anzunehmen ist, sind gemeinschaftlich zu tragen und respective zu ersetzen: 1) Die aufgewendeten Kosten. 2) Der Schaden, den das Schiff erlitten hat, welcher in der Regel von Sachverständigen geschätzt oder auch nach dem, was die Wiederherstellung kostet, beurtheilt wird. In dem letzteren Falle pflegen aber die Reparaturkosten nicht voll, sondern nur auf einen gewissen Abzug, etwa von einem Dritttheil, ersetzt zu werden, weil, wenn das Schiff nicht mehr ganz neu war, der Eigenthümer, indem er für alte Bestandtheile seines Schiffes neue erhält, auf Kosten der übrigen gewinnen würde [38]. 3) Die Fracht für die geworfenen, im Nothhafen verkauften oder zur Lösung des Schiffes und der Ladung aus feindlicher Gewalt hingegebenen Güter [39]. Nach älteren Seerechten mußte der Kaufmann diese Fracht dem Schiffer, ungeachtet die Ablieferung nicht geschehen war, bezahlen [40], wodurch sich dann aber der Belauf seines Verlustes, der ihm von den Mitinteressenten ersetzt werden mußte, vergrößerte. Das Einfachere und Richtigere ist, wie es jetzt in der Regel geschieht, die Fracht für diese Güter als ein von Seiten der Schiffeigenthümer gebrachtes Opfer anzusehen, das also gewissermaßen als ein selbstständiger Bestandtheil mit in die Havarie grosse zu rechnen und zu erstatten ist [41]. Wo die ganze Ladung im Nothhafen verkauft wird, ist auch die Fracht für die geopferten Güter, nur so weit sie durch die Reise verdient ist, in Havarie grosse zu bringen, weil ja auch für die geborgenen nicht mehr bezahlt wird, und der Schiffer durch den allgemeinen Schaden nicht gewinnen darf [42]. 4) Ist zu ersetzen der Verlust von verladenen Gütern, welche entweder geworfen, im Nothhafen verkauft, oder als Lösungspreis hingegeben worden sind. Doch findet hier die Beschränkung statt, daß Güter, die auf dem Verdecke liegen, solche, die heimlich in das Schiff gebracht sind, Pretiosen, die dem Schiffer nicht als solche declarirt sind, wenn sie geworfen worden, nicht in der gemeinschaftlichen Havarie ersetzt werden [43].

---

37) Pöhls a. a. O. S. 637.

38) S. preuß. Landr. II. 8. §. 1861—1866. Benecke a. a. O. Bd. 4, S. 109. Pöhls a. a. O. S. 739.

39) Benecke a. a. O. S. 15.

40) J. B. Oleron, Seerecht Art. 8, 22. Consol. del mare c. 251. Wisbuy, Seerecht 21, 35, 41, 69. Preuß. Seerecht v. 1727 C. III, Art. 51.

41) Pöhls a. a. O. S. 645.

42) Pöhls a. a. O. S. 740.

43) S. die Nachweisungen bei Benecke a. a. O. S. 107. Pöhls a. a. O. S. 639.

Nach römischem Rechte sollten die Einkaufpreise der zu ersetzenden Güter erstattet werden[44]); andere Seerechte unterscheiden, ob der Verlust sich auf der ersten oder zweiten Hälfte der Reise ereignet habe, in welchem ersteren Falle der Einkaufpreis, im anderen aber der Preis der Waare am Löschplatze vergütet werden sollte[45]). Nach richtiger Ansicht ist das verlorene Gut aber, insofern das Schiff den Ort seiner Bestimmung erreicht, nach dem dortigen Marktpreise zu ersetzen[46]); muß das Schiff seine Ladung aber an einem anderen Orte verkaufen, so ist für die geworfene Waare auch nur der Preis[47]), für welchen sie dort hatte abgesetzt werden können, zu berechnen[48]). Doch sollte dabei nicht außer Acht gelassen werden, ob nicht das Gut, bevor es verloren gegangen, durch Unfälle, die den Eigenthümer allein treffen, in seinem Werthe verringert worden war[49]). Auch müssen noch die Unkosten, welche der Empfänger gehabt haben würde, abgerechnet werden. 5) Wird in die gemeinschaftliche Havarie gerechnet: der Schaden, den Waaren durch eine zum allgemeinen Besten vorgenommene Handlung erlitten haben. Der hier zu leistende Ersatz wird gefunden, wenn man von dem reinen Ertrage, den sie im gesunden Zustande gegeben haben würde, das abzieht, was in ihrem jetzigen Zustande dafür zu erhalten ist[50]).

Es versteht sich übrigens von selbst, daß jeder, der als Mitbetheiligter bei einer gemeinschaftlichen Havarie einen Ersatz in Anspruch zu nehmen hat, sich darauf seinen eigenen Antheil an den Verlust muß anrechnen lassen.

V. **Was muß zur gemeinschaftlichen Havarie beitragen?** Beitragspflichtig zur gemeinschaftlichen Havarie sind aber alle, deren Hab und Gut durch das dargebrachte Opfer gerettet worden ist[51]). Nur derjenige kann nicht zum Beitrage herangezogen werden, der schon bei der Rettungsmaßregel einen höher sich belaufenden Schaden erlitten hat, als sein Beitrag sich belaufen würde, weil Niemand doppelt einbüßen soll[52]). Die Beitragspflicht haftet aber auf dem Schiffe, der Fracht und der Ladung[53]). Manche Seegesetze nehmen nur eine Pflicht, von dem Schiffe **oder** der Fracht beizusteuern an, und zwar bald nach

---

44) L. 2. §. 4. D. de L. Rhodia.

45) Consol. del mare c. 54. Stat. Gennens. IV. c. 17. Schwed. Assecuranzordn. Art. 5, §. 2.

46) **Benecke** a. a. O. IV. 99. **Pöhls** a. a. O. S. 740 vgl. mit S. 750. **Stevens** a. a. O. S. 40.

47) **Oleron**, Seerecht Art. 8. **Wisbuy**, Seerecht Art. 38. Hanseat. Seerecht VIII. Art. 1. Preuß. Landrecht II. 8. §. 1861—63. Code de comm. art. 415. Holländ. Handelsgesetzb. Art. 729. So auch jetzt in England. **Benecke** a. a. O. S. 100. **Pöhls** a. a. O. S. 761.

48) **Benecke** a. a. O. S. 101. **Pöhls** a. a. O. S. 732.

49) **Pöhls** a. a. O. S. 730.

50) **Benecke** a. a. O. S. 106. **Pöhls** a. a. O. S. 740.

51) L. 2. §. 2. D. de lege Rhodia.

52) L. 4. §. 2. D. de lege Rhodia.

53) Ueber die Beitragspflicht des Bodmereigebers zur Havarie s. den Art. **Bodmerei** in diesem Lexicon Bd. 2, S. 256. **Mittermaier**, Privatrecht §. 316, Note 19—23.

Wahl des Eigners des Schiffes, bald des Verladers, oder je nachdem Schiff oder Fracht einen grösseren Werth hat[54]). Andere Seegesetze lassen das Schiff nur von einem Theile seines Werthes, die Fracht nur nach einem Theile ihres Belaufes beitragen, wie selbst noch das französische Gesetzbuch[55]). Wo dergleichen besondere Bestimmungen nicht vorhanden sind, muß man aber annehmen, daß das Schiff nach seinem ganzen Werthe, die Fracht nach ihrem vollen Belaufe havariepflichtig sind[56]). Der Werth des Schiffes aber, welcher nach richtiger Ansicht hier in Anschlag gebracht werden müßte, ist derjenige, welchen das Schiff in dem Augenblicke hatte, in welchem die Handlung, die zur Havarie grosse Veranlassung gab, vorgenommen wurde. Dieser Werth würde sich, wiewohl nur annähernd, herausbringen lassen, wenn man von dem, was das Schiff bei seinem Auslaufen werth gewesen ist, eine freilich auch nur nach einem mittleren Maßstabe anzunehmende Summe für die gewöhnliche Abnutzung, welche das Schiff ja durch die Fracht ersetzt bekommt, in Abzug bringen würde[57]). Würde man die Contribution nach dem Werthe bemessen wollen, den das Schiff beim Antritte seiner Reise hatte, so würde es zu schwer belastet werden; zu gering dagegen, wenn man nur den Werth in Anschlag bringen wollte, den das Schiff in dem Zustande, in welchem es aus der See kam, hatte[58]); daher bestimmen auch die Gesetze, welche meistentheils dieses annehmen, daß das Schiff auch von dem, was es für den erlittenen Schaden selbst ersetzt erhält, zur gemeinschaftlichen Havarie contribuiren muß[59]). — Was noch die Contribution der Fracht betrifft, so ist diese nicht nur von der Fracht der geretteten, sondern auch von der der geworfenen und im Nothhafen verkauften Güter zu berechnen, weil der Schiffer diese Fracht ersetzt erhält; aber es ist nur der Reinertrag der Fracht, d. h. nach Abzug des Lohnes und Unterhaltes des Schiffsvolkes, beitragspflichtig[60]). Was die Ladung betrifft, so sind einige Gegenstände von der Beitragspflicht ausgenommen. Dazu können aber Geld, Juwelen, Edel-

---

54) Z. B. Oleron, Seerecht Art. 8. Wisbuy, Seerecht Art. 38. Placat Philipp's II. Tit. van Schipboetinghe Art. 6. Verordn. für die Börse v. Antwerpen. Rotterdam. Assecuranzordn. Art. 114.

55) Consol. del mare c. 58. Verordnung Peter's v. Arragon. v. 1314. Ord. de Bilbao c. XXI. c. 1. Ordonance de la marine art. 7. tit. du jet. Code de comm. art. 401.

56) Recopil. de leges de las Indias IX. t. 39. l. 10. Stat. Genuens. IV. 16. Hanseat. Seerecht VIII. Art. 3. Hamb. Assecuranzordn. XXI. 8. Lübecker Stat. VI. 2. Art. 8. Preuß. Seerecht v. 1727 Cap. VIII, Art. 32, 33. Preuß. Landrecht II. 8. §. 1867. So auch in Schweden, Dänemark, in England und nach dem Codigo di comm. III. 4. art. 955., wie dem holländ. Gesetzb. v. 1834 Art. 727.

57) Pöhls a. a. O. S. 721.

58) Stevens a. a. O. S. 44 flg. Pöhls a. a. O. S. 721, 722.

59) S. die Note 56 angeführten Gesetze.

60) Ueber beides Benecke a. a. O. S. 145. Pöhls a. a. O. S. 725. Stevens a. a. O. S. 48 flg.

steine nicht gerechnet werden[61]); wohl aber der Mundvorrath für die am Bord befindlichen Personen, so wie jetzt auch Kriegsprovision, Kleider und Hauer des Schiffsvolkes; nicht aber Waaren, welche die Schiffsleute für ihre Rechnung mitnehmen. Oftmals werden auch die Passagiere für ihre Kleider und Koffer von der Contribution freigesprochen[62]). Freie Menschen können nicht beitragen, weil sie zu Geld nicht angeschlagen werden können. Auch die geworfenen, im Nothhafen verkauften, den Räubern oder Kapern zur Loskaufung hingegebenen Waaren müssen zur Havarie beitragen[63]). Der Beitrag bestimmt sich nach dem Werthe der Waaren, nicht aber nach dem Gewichte, wie Weskelt und einige Andere haben annehmen wollen[64]); doch ließen einige ältere Seerechte Geld und Pretiosen nur zur Hälfte beisteuern[65]). Eine große, auch in die Gesetze übergegangene Verschiedenheit der Ansichten hat aber immer über die Frage geherrscht, welcher Werth den Waaren bei Bestimmung ihrer Contribution zu Grunde zu legen ist. Das römische Recht ließ die geborgenen Güter nach ihrem Verkaufswerthe, die geworfenen nach dem Einkaufspreise, geborgene, jedoch beschädigte Güter nach ihrem Werthe im beschädigten Zustande beitragen[66]). Der Consolato[67]) und einige andere Rechte des M. A.[68]) machten einen Unterschied, je nachdem das Schiff über die Hälfte des Weges zurückgelegt hatte oder nicht; im ersten Falle sollte der Beitrag nach Werth am Löschungsplatze, im anderen nach dem am Abgangsorte bestimmt werden. Diese Unterscheidung ist dann auch in noch geltende Seerechte übergegangen[69]). Die meisten älteren und neueren Gesetze bestimmen aber, daß geborgene, wie geworfene Waaren nach dem Werthe, den sie am Bestimmungsorte haben, sowohl beitragen als ersetzt werden sollen[70]). Doch sollte, wie es bereits in Beziehung auf den Ersatz bemerkt worden ist, bei der Schätzung der Zustand, in welchem sich die Waaren zur Zeit, als die eine gemeinschaftliche Havarie

---

61) L. 2. §. 2. D. h. t. (14. 2.) Wisbuy, Seerecht Art. 38. Statut. Genuens. IV. 16. Hamb. Stat. II. 16. Art. 3. Benecke a. a. O. S. 141.

62) S. über dieses Alles: L. 2. §. 2. D. h. t. Hamb. Stat. II. 16. Art. 2 u. 8. Hamb. Assec.- und H.-O. XXII. 7. Preuß. Landrecht II. 8. §. 1871—1880. Code de comm. art. 419. Ferner Benecke a. a. O. S. 142 flg. Pöhls a. a. O. S. 718. Stevens a. a. O. S. 37.

63) Voet, Comm. ad P. h. t. §. 11. Glück, Comm. XIV. S. 222. Pöhls a. a. O. S. 731.

64) S. darüber Benecke a. a. O. S. 112. Pöhls a. a. O. S. 728.

65) Wisbuy, Seerecht Art. 38, 3. Benecke a. a. O. S. 141. Pöhls a. a. O. S. 718.

66) L. 2. §. 4. L. 4. §. 2. D. h. t. Glück, Comm. XIV. S. 224 flg.

67) Consol. del mare c. 54.

68) S. bei Pöhls a. a. O. S. 729.

69) Benecke a. a. O. S. 99 flg.

70) Pöhls a. a. O. S. 729 flg. Preuß. Landrecht II. 8. §. 1861 flg. C. de c. art. 402. Codigo di comm. art. 955. 957. Ueber England s. Pöhls a. a. O. S. 761. Benecke a. a. O. S. 100. Stevens a. a. O. S. 38 flg.

veranlassende Handlung vorgenommen wurde, befanden, allein berücksichtigt und dann nach dem Preise, der dafür in dieser Beschaffenheit am Löschungsplatze zu erhalten ist oder gewesen sein würde, der Belauf bestimmt werden. Denn es ist ja möglich, daß sie sowohl vor Eintritt der gemeinschaftlichen Havarie, als auch nachdem dieselbe sich ergeben hat, einen als particulare Havarie zu beurtheilenden Schaden erlitten haben.

VI. Rechtfertigung des Schiffers und Beweis der Havarie. Der Schiffer, dem Schiff und Ladung anvertraut ist, ist dafür verantwortlich und insbesondere zunächst dem Rheder Rechenschaft schuldig, wenn Schiff oder Waaren im beschädigten Zustande oder etwa gar nicht am Orte ihrer Bestimmung angekommen und wenn außerordentlicher Kostenaufwand hat gemacht werden müssen. Er muß in irgend einer Weise die Seeunfälle, von denen er betroffen sein will, bewahrheiten und sein pflichtgemäßes Verhalten dabei darthun; zumal aber auch, wenn der Schaden nicht unmittelbar von den Elementen oder Feinden zugefügt worden, sondern durch eigenes Handeln, um einer Gefahr zu entkommen, herbeigeführt worden ist. Es hängt von dieser Darlegung der Umstände auch die Beurtheilung ab, ob eine gemeinschaftliche Havarie anzunehmen, wie diese zu schätzen und zu vertheilen ist. Es sind in diesem Falle alle Interessenten des Schiffes und der Ladung, sowohl insofern sie eine Erstattung zu fordern als dazu beizutragen haben, betheiligt. Mehr aber fast noch als diese, bei der jetzt so allgemeinen Seeassecuranz, die Versicherer. Diejenigen, welche entweder auf das Casco oder einen bestimmten Theil der Ladung gezeichnet haben, sind im höchsten Grade bei der Frage betheiligt, ob der vorliegende Seeschaden in die particulare oder große Havarie gebracht werden muß[71]). Dazu kommt aber auch, daß Schiffer wohl, wie es leider nichts weniger als unerhört sein soll, alte Schiffe stranden lassen, alte Taue und Anker kappen u. dgl., unter dem Vorwande, es sei um einer Gefahr zu entgehen geschehen, um sich so möglichst auf Kosten der Versicherer zu bereichern[72]). Von den Versicherern gehen daher auch insbesondere die Klagen über das Ungenügende und Unzuverlässige der Beweisführung über erlittenen Schaden auf der See aus. Es kann darüber meistentheils keine anderen Beweise geben, als eigene Aussage des betheiligten Schiffers und seiner Leute, wenn nicht etwa Passagiere — die aber wieder meist die Seegefahr zu beurtheilen außer Stande sein werden — vorhanden sind. Schon das römische Recht schreibt vor, daß der Schiffer im Falle eines Schiffbruches seine

71) Es ist dadurch auch bewirkt worden, daß man die Lehre von der Havarie gleichsam als einen Theil des Assecuranzrechtes zu betrachten sich gewöhnt hat und daher auch neuere Gesetzbücher beide neben einander stellen. Pöhls hat dieß mit Recht, a. a. O. S. 625, tadelnd bemerkt, nicht nur weil es historisch unrichtig, da die Lehre von der gemeinschaftlichen Contribution älter ist, als unser Seeassecuranzwesen, sondern weil dadurch leicht eine falsche Auffassung der Grundsätze über Havarie veranlaßt wird.

72) Hierüber vgl. P. D. W. Tönnies, über Havarie grosse und über die nothwendige Abhülfe häufiger Mißbräuche. Hamb. 1823. 8.

Seeleute vor dem Richter der Provinz sistiren und über das Unglück abhören lassen sollte und zwar innerhalb eines Jahres[73]). Im M. A. sind die Seejournale aufgekommen, in diese sollten genau alle Ereignisse eingetragen werden. Diese Journale sollten, wie es wenigstens das Consolato bestimmt, von einem besonders vereideten Schreiber, der nicht einmal mit dem Schiffer verwandt sein durfte, geführt, von ihm allein und zwar so, daß Niemand daran kommen durfte, bewahrt werden[74]). Darauf gründete sich die Beweiskraft des Journales, als Haupt-, vielleicht als einziges Beweismittel. Manche ältere Seerechte erwähnen eines solchen Journales und eines Schiffsschreibers gar nicht, und fordern dagegen, daß der Schiffer wegen des Verlustes von Waaren u. s. w. sich mit einigen seiner Leute eidlich reinige[75]). Im heutigen Seerechte ist aber die Führung eines Schifftagebuches, in welches alle Ereignisse von Anfang der Reise eingetragen werden müssen, allgemein nothwendig geworden; aber der Schiffer selbst ist es, der es zu führen hat[76]). Der Glaube, den dasselbe genießt, beruht auf der in demselben herrschenden Ordnung, der chronologischen Folge aller Begebenheiten und läßt sich gewissermaßen mit der Glaubwürdigkeit der Handelsbücher vergleichen. Neben diesem Journale ist es nun aber besonders die Verklarung, auch der Seeprotest genannt (rapport in Frankreich, consolato, protesto in Italien), welche zunächst als Rechtfertigungsmittel des Schiffers, dann aber auch als Beweismittel unter den bei einem erlittenen Seeschaden Betheiligten dient[77]). Verklarung ist aber ein von dem Schiffer an dem Orte der Landung einer gerichtlichen Behörde, oder sonst dazu verordneten Personen abgestatteter und von dem Schiffsvolke bestätigter, in der Regel auch eidlich erhärteter Bericht über die Ereignisse, besonders die Unfälle der Seereise. Auch das darüber aufgenommene Instrument wird ebenfalls Verklarung oder Seeprotest genannt. Die letztere Benennung hat aber darin ihren Grund, daß die Verklarung gewissermaßen eine Protestation des Schiffers gegen die Anschuldigung ist, seine Pflicht nicht getreulich erfüllt zu haben, eine Darlegung, daß der Schaden durch die Macht der Elemente u. s. w. unabwendbar herbeigeführt worden sei. Erst die neueren Seegesetze enthalten vollständigere Anordnungen über die Verklarung[78]). Die Verklarung geschieht nach vollendeter Entlöschung; doch

---

73) L. 2. 3. C. de naufragiis. (11. 5.)

74) Consolato del mare c. 13—15. 50.

75) Guidon de la mer c. III. art. 2. Oleron, Seerecht Art. 11. Wisbuy, Seerecht Art. 23. Hanseat. Seerecht X. 1. 4.

76) Pöhls a. a. O. S. 691.

77) Ueber diese Bedeutung der Verklarung zunächst als Rechtfertigungsmittel des Schiffers s. Benecke a. a. O. IV. und dann bes. Pöhls a. a. O. S. 686—691.

78) Preuß. Landrecht II. 8. §. 1840—46. Prozeßordn. II. 1. §. 5. Hier muß der Schiffer mit den Vornehmsten vom Schiffsvolke das Journal eidlich bekräftigen, und über das, was nicht genau eingetragen, wird das Schiffsvolk eidlich vernommen. — Die in Hamburg geltenden Regeln sind bes. enthalten in der Verordnung für den Schiffer und das Schiffsvolk v. 1786 und Maklerordnung v. 1825 §. 7. Vgl. Pöhls, Handelsrecht III. S. 712 flg. Tönnies,

ist es nach manchen Gesetzen dem Schiffer, sofern er vor Ankunft am Bestimmungsorte andere Häfen berührt, zur Pflicht gemacht, in dem ersten Hafen, in welchem er ankommt, sofern es möglich ist, einen Bericht über das Ereigniß, welchem er das Unglück zuschreibt, zu erstatten. Die formelle Glaubwürdigkeit und Beweiskraft der Verklarung beruht besonders auf der Beglaubigung derselben, die materielle auf der Uebereinstimmung der verschiedenen Depositionen und der Uebereinstimmung mit dem Journale. Der Richter oder Beamte hat den Schiffer und das Schiffsvolk wenigstens über die Punkte, worauf es besonders ankommt, zu befragen. Die Regeln des Civilrechtes über den Beweis, namentlich über die Zulässigkeit und Glaubwürdigkeit der Zeugen, lassen sich dabei nicht in ihrer Strenge anwenden[79]). Die Verklarung schließt einen Gegenbeweis nicht aus, und es kann zu dem Zwecke namentlich nochmalige Abhörung des Schiffsvolkes und Edition des Journales verlangt werden[80]). Dagegen kann sich aber der Schiffer auch noch anderer Beweismittel, wenn ihm dergleichen zu Gebote stehen, bedienen, so wie überhaupt die Verklarung eine anderweitige Beweisführung nicht hindert.

VII. Von der Berechnung der Havarie oder der Dispache. Um sowohl die Beiträge, als die Entschädigungen der Interessenten bei einer gemeinschaftlichen Havarie zu bestimmen, bedarf es einer mit manchen Schwierigkeiten verbundenen Vertheilungsrechnung, welche Dispache genannt wird. Eine solche Dispache enthält die Angabe der Ereignisse, welche zur Havarie grosse Veranlassung gegeben haben; specificirte Berechnung der Schäden, wobei diejenigen, welche in Havarie grosse kommen, von den übrigen, die einzeln getragen werden müssen, zu trennen sind; specificirte Berechnung des Capitales, welches zur Havarie grosse contribuiren soll, und Vertheilung des von jedem contributionspflichtigen Gegenstande zu tragenden Schadenantheiles[81]). Um die Collisionen zu vermeiden, welche entstehen würden, wenn die Interessenten die Dispache selbst machen würden[82]), sind an manchen Seeplätzen Personen angestellt, deren Geschäft in Aufmachung von Dispachen besteht, und die Dispacheurs genannt werden[83]). Wenn gleich eine solche von einem

---

über Havarie grosse S. 12 und Pöhls, Bemerk. S. 45. — Lübecker Verordnung wegen der Journale und Verklarungen v. 18. Aug. 1819. Pöhls a. a. O. S. 711. — Code de c. art. 242—249. Holländ. Handelsges. Art. 379—384. In England besteht die Verpflichtung des Schiffers, eine Verklarung zu machen, eigentlich nicht, s. Benecke a. a. O. S. 341—343. Pöhls a. a. O. S. 708.

79) Pöhls a. a. O. S. 696.

80) Pöhls a. a. O. S. 669—673.

81) Benecke a. a. O. IV. S. 218—259. Pöhls a. a. O. III. S. 744—747.

82) Wie es in England der Fall ist, wo die Dispachen gewöhnlich von Maklern aufgemacht werden: Pöhls a. a. O. S. 762 und die da angef. englischen Schriftsteller.

83) So namentlich in Hamburg, wo selbst der Dispacheur jetzt unter dem Handelsgerichte steht. Handelsgerichtsordn. Art. 3. Pöhls a. a. O. S. 776; ferner in Lübeck, Bremen, Petersburg. Benecke a. a. O. S. 154. Nach

Dispacheur aufgemachte Dispache verbindend für die Parteien ist, so kann sie doch gerichtlich angefochten werden[84]. Der Schiffer muß in der Regel für die Aufmachung der Dispache sorgen[85]), und zwar soll dieses in der Regel am Bestimmungsorte geschehen; im Ausgangshafen aber, wenn er dorthin zurückkehren muß[86]).

VIII. Klage. Nach römischem Rechte konnten die Eigenthümer der geopferten Waaren nur gegen den Schiffer (mit der actio locati) klagen, der wiederum die Beiträge von den übrigen Interessenten (mit der actio conducti) beitreiben mußte[87]); die Rechte des M. A. scheinen hier dem römischen Rechte gefolgt zu sein, doch kann in Gemäßheit der heutigen Prozeßgrundsätze auch den Interessenten gegen einander wohl eine directe Klage nicht abgesprochen werden[88]).

Die Grundsätze der Havarie grosse lassen sich nicht auf andere Fälle ausdehnen, wie z. B. auf den, dessen Haus bei einer Feuersbrunst niedergerissen worden, auf erlittene Kriegsschäden u. s. w.[89]) Wilda.

Hereditatis delatio[1]). Delata hereditas, sagt Terentius Clemens[2]) in seinem Commentar über das Papische Gesetz, intelligitur, quam quis possit adeundo consequi. Derjenige, dem eine Erbschaft deferirt ist, hat eben dadurch die Befugniß, dieselbe zu erwerben, er ist zu dieser Erbschaft berufen. Dieser bloßen Befugniß steht nun gegenüber, daß derjenige, dem sie zusteht, von ihr wirklich Gebrauch mache; der Berufung, daß der Berufene dem Rufe Folge leiste; der delatio die acquisitio. Man kann aber nicht sagen, daß Jemand zu etwas befugt sei, was auch wider seinen Willen geschieht. Genau genommen also ist es unrichtig zu sagen, diejenigen, welchen eine Erbschaft ipso iure zufällt (die necessarii und die sui et necessarii), acquirirten dieselbe im gleichen Augenblicke, in dem sie ihnen deferirt werde; richtiger ist zu behaupten, daß eine solche Erbschaft von den Erben ohne alle Delation sofort acquirirt werde: ebenso wie in dem capere einer herrenlosen Sache nicht titulus (causa praecedens) und acquisitio in denselben Moment zusammenfallen, sondern vielmehr die letzte vollkommen selbstständig Eigenthum gewährt. Dennoch brauchen schon römische Ju-

---

preußischem Rechte wird die Dispache gerichtlich formirt. Pöhls a. a. O. S. 769; so auch in Italien. Pöhls a. a. O. S. 755. In Frankreich und Spanien durch von den Parteien oder dem Handelsgerichte ernannte Sachverständige. Code de c. art. 414. Codigo 145. 946. Benecke a. a. O. S. 156.

84) Pöhls a. a. O. S. 746.

85) Benecke a. a. O. S. 154.

86) Benecke a. a. O. S. 149 flg. Pöhls a. a. O. S. 742 flg.

87) Glück, Comment. XIV. S. 226 flg.

88) Pöhls a. a. O. S. 747 flg. Daselbst auch über das Retentionsrecht des Schiffers an den verladenen Waaren.

89) Glück a. a. O. S. 233. Pöhls a. a. O. S. 751 flg.

1) Die römischen Rechtsquellen gebrauchen nicht das Substantiv, sondern nur das Zeitwort deferre.

2) L. 151. D. de V. sign. (4. 16.)

risten und Kaiser[3]) den Ausdruck deferre uneigentlich von der Erbschaft, auch wenn Annahme oder Ausschlagung nicht in der Willkür des Erben liegen.

Die bloße Möglichkeit, die Befugniß zur Erbschaftserwerbung zu erlangen, sollte sie auch eine begründete Wahrscheinlichkeit sein, ist noch keine Berufung; denn derjenige, für den nur eine solche Wahrscheinlichkeit spricht, kann ungeachtet derselben die Erbschaft noch nicht erwerben. Weder also dem nächsten Verwandten dessen, der noch kein Testament errichtet, noch auch dem durch ein Testament Berufenen gilt, so lange der Erblasser noch am Leben ist, die Erbschaft als deferirt[4]). Ferner ist aber auch der noch nicht berufen zu nennen, dessen Recht noch von dem Eintritte einer Suspensivbedingung abhängig ist. Die Delation der bedingten Erbschaft erfolgt erst, sobald die Bedingung eingetreten ist. Der Vulgarsubstitut ist aber immer sub conditione berufen, nämlich unter der Bedingung, daß der institutus nicht antreten könne oder wolle; ebenso der Pupillarsubstitut unter der, daß der Unmündige, dem der Erblasser substituirt hatte, vor erlangter Mündigkeit sterbe. Beiden wird also der fragliche Erbtheil erst nach Eintritt jener Bedingung deferirt[5]). Darin macht es auch keinen Unterschied, wenn vielleicht dem Substituten neben der Substitution eine ursprüngliche Institutionsportion deferirt sein sollte, während der, einem Erben durch Accrescenzrecht zuwachsende, fernere Antheil als in der ursprünglichen Berufung mit deferirt, also auch als eventuell mit acquirirt gilt[6]). In ähnlicher Weise, wie dem institutus der substitutus, steht dem Testamentserben der ab intestato Berufene, und stehen nach dem prätorischen successorium edictum die bonorum possessores der entfernteren gradus denen der näheren gegenüber. Dem Intestaterben wird die hereditas erst deferirt, wenn gewiß ist, daß der Testamentserbe als solcher nicht succediren kann[7]); dieß selbst dann, wenn der Testamentserbe zugleich der Intestaterbe ist[8]). Unter mehreren Intestaterben gilt nach Civilrecht der Grundsatz: successio non est; es muß aber erst feststehen, wer der berufene Nächste sei. Hinterbleibt also bei dem Tode des Erblassers ein wahrhaft oder angeblich schwangeres Weib, deren zu erwartendes Kind der nächste Erbe sein würde, so kann man zwar nicht sagen, dieser Leibesfrucht sei die hereditas deferirt (denn wäre dieß der Fall, so müßte der nach dem venter nächste Agnat, auch wenn die Frau abortirte, ausgeschlossen bleiben), aber die Delation bleibt bis zu dem Augenblicke ausgesetzt, wo sich entscheidet, ob jene Schwangere

3) Mosaic. et romanar. LL. coll. XVI. 3. §. 3. L. 3. C. de J. deliber. (6. 30.) Cf. Donelli. comment. iuris civ. VI. 3. §. 3.

4) L. 27. L. 94. D. de acq. vel. om. her. (29. 2.)

5) L. 3. L. 69. D. eod.

6) L. 20. §. 2. L. 35. pr. L. 80. pr. — §. 2. coll. L. 53. §. 1. D. eod. Vgl. den Artikel Anwachsungsrecht S. 273, Note 15. Anderer Meinung ist Schweppe, das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, vierte Ausg., v. Mejer, Bd. 5, §. 878.

7) L. 39. D. eod.

8) L. 17. §. 1. D. eod.

ein erbfähiges Kind zur Welt bringt[9]). Aehnliche Grundsätze gelten für den, einem solchen postumus im Testamente zugewiesenen Erbtheil. Würde dagegen das zu erwartende Kind jedenfalls nur neben bereits lebenden Personen succediren, so wird die Intestatsuccession zwar den letzteren deferirt; drei Portionen aber bleiben vorläufig für jenes vorbehalten[10]). Nicht minder deferirt der Prätor die edictalis bonorum possessio jedem ordo und jedem gradus erst nachdem die zu den früheren Berufenen durch Ablauf der Zeit, oder durch ausdrückliche Erklärung ausgeschlossen sind[11]); die decretalis b. p. aber wird überall nicht deferirt, sondern muß speciell erbeten werden[12]). Endlich kann von einer delatio, sowohl des caducum, als der bona vacantia, an den Fiscus nicht früher die Rede sein, als bis die Caducität (entweder durch das Sachverhältniß selbst, oder durch Ablauf der Zeit, binnen deren dem papischen Gesetze genügt werden kann) oder die Erblosigkeit sich mit Bestimmtheit ergeben hat.

Derjenige, dem nur prätorische Successoren vorgehen, kann die Fristen selbst berechnen, nach deren Ablauf jene von der bonorum possessio ausgeschlossen sind, er aber zu ihr berufen ist. Wem dagegen civilrechtliche heredes vorgehen, der erfährt nur dadurch, daß diese ausdrücklich erklären, die Erbschaft nicht zu wollen, daß letztere (als legitima hereditas, oder als bonorum poss.) nunmehr ihm deferirt sei. Um den vorgehenden Erben zu einer solchen Erklärung oder zur Annahme der Erbschaft zu nöthigen, darf der eventuelle successor ihn in iure interrogiren, worauf der Prätor diesem tempus deliberandi gibt[13]).

Die Delation der testamentarischen Erbschaft setzt ein an sich gültiges Testament voraus. Aus einem, wegen Präterition des suus nichtigen, aus einem, der gehörigen Form ermangelnden, verfälschten, rumpirten, irritum gewordenen Testamente wird also die Erbschaft nicht einmal deferirt; dagegen hindert die bloße falsi accusatio, oder die gegen den Erblasser eingeleitete Untersuchung wegen Hochverrathes, wenn nur das Testament in der That unverfälscht und der Testator nicht schuldig ist, die Delation nicht[14]). Noch weniger wird sie dadurch ausgeschlossen, daß gegen das fragliche Testament contra tabulas bonorum possessio oder inofficiosi testamenti querela zulässig ist. Auch die Umstände, um derentwillen die Erbschaft den eingesetzten Erben als indignis entrissen wird, z. B. die unterlassene peinliche Frage wegen des gewaltsamen Todes des Erblassers, schließen die Delation nicht aus[15]).

---

9) L. 30. §. 1. L. 84. D. eod.

10) L. 3. L. 4. D. si pars heredit. pet. (5. 4.) Coll. L. 30. §. 6. D. de a. v. o. h.

11) L. 1. §. 10. de success. ed. (38. 9.)

12) L. 1. §. 7. eod. Anderer Meinung ist v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes, 5. Aufl., von Fritz, Bd. 3, §. 427, Anm. oo.

13) L. 69. D. de a. v. o. h. Vgl. den Artikel benefic. deliberandi.

14) L. 46. L. 86. §. 1. D. eod.

15) L. 3. §. 29. L. 15. §. 2. de SC. Silaniano. (29. 5.)

Daß Jemandem eine Erbschaft deferirt sei, drückt nur die abstracte juristische Möglichkeit aus, daß er sie nun erwerben könne. Dabei kann der Berufene füglich noch factisch gehindert sein, den Act der Acquisition, wo ein solcher erforderlich ist, vorzunehmen. Ebenso kann Jemandem testamenti factio zustehen, und er ist dennoch aus factischen Gründen, z. B. weil er non sanae mentis ist, an Errichtung eines Testamentes gehindert [16]). Daher gilt denn die einem Abwesenden angefallene Erbschaft als deferirt, obwohl er von dem Anfalle keine Kunde hat, und obwohl deßhalb die tempora utilia der bonorum possessio während der Abwesenheit nicht für ihn laufen [17]). Aehnliches muß von denjenigen Tauben, Stummen oder Blinden gelten, die aus Mangel an Verständniß des Actes die Erbschaft weder nach Civil-, noch nach prätorischem Rechte erwerben können [18]). Auch der infans ist unfähig zur Acquisition der Erbschaft; dennoch wird ihm dieselbe deferirt [19]). Steht er alsdann unter patria potestas, so kann, wenigstens nach dem Rechte der Constitutionen, der Vater, dem ja (nach altem Rechte) ohnehin Alles zufiel, was das Hauskind erwarb, statt des unfähigen Berufenen, unmittelbar selbst antreten, oder bonorum possessio agnosciren. Dieses selbstständige Recht des Vaters wird unter Umständen sogar über den Tod des Kindes hinaus erstreckt, wenn dasselbe innerhalb der infantia starb [20]). War dagegen die berufene persona alieno iuri subiecta schon über die Jahre der infantia hinaus, so muß sie auf den iussus des Vaters selbst antreten [21]). In ähnlicher Weise ist dem Tutor ausnahmsweise gestattet, für den pupillus infans die Erbschaft zu erwerben, während der infantia maior tutore auctore selbst zu handeln hat [22]). Sowohl der Vater, als der Tutor können aber die Erbschaft nicht einseitig ausschlagen; haben sie daher die Fristen der bon. poss. ungenutzt verstreichen lassen, so werden dadurch nur sie selbst von deren fernerer Agnition ausgeschlossen; das Hauskind oder der Pflegebefohlene selbst werden immer noch zugelassen. Nur wenn der Pupill tutore auctore ausdrücklich repudiirt hat, kann er allein durch in integrum restitutio wieder zu der Erbschaft gelangen [23]). Daß in

16) L. 16. §. 1. D. qui testam. (28. 1.)

17) L. 30. pr. L. 36. pr. D. de a. v. o. h. Vgl. Buchholz, juristische Abhandlungen S. 44—47.

18) L. 2. D. de bon. poss. furioso, infanti, muto, surdo, coeco competente. (37. 3.)

19) L. 7. §. 1. D. de bon. poss. (37. 1.)

20) L. 7. §. 1. cit. L. 1. de b. p. fur. Theod. Cod. IV. 1. const. 1. VIII. 18. const. 1. L. 18. pr. §. 1. C. de iure delib. (6. 30.)

21) L. 8. §. 1. D. de a. v. o. h. L. 18. §. 4. C. de iure delib. (6. 30.)

22) L. 8. pr. L. 9. D. de a. v. o. h. L. 11. D. de bon. poss. (37. 1.) L. 2. §. 1. D. ad SC. Tertyll. (38. 17.) L. 18. §. 4. C. cit.

23) L. 18. §. 3. D. de a. v. o. h. L. 7. §. 2. D. de bon. poss. L. 3. D. quis ordo in possessionibus servetur. (38. 15.) Cuiac. observatt. XIV. 8. Quaestt. Papin. lib. XV. in Opp. ed. Veneto-Mutinens. T. IV. col. 362—66., in Responsa Papin. lib. VI. ibid. col. 963. 64., recitatt. solenn. ad Tit. Dig. de bon. poss. ibid. VIII. col. 15. 16. Merill. variant. ex Cuiacio I. 43. in Opp. Neap. 1720. II. 255—57.

ähnlichen Weise auch das unmündige Hauskind durch seine auf Befehl des Vaters geschehene repudiatio gebunden sei, wird nicht erwähnt. So liegt also in dem Anfalle der Erbschaft an das Hauskind und den Bevormundeten gewissermaßen eine doppelte Delation: einmal an den Gewalthaber oder tutor, und zweitens an den eigentlich Berufenen. Dabei ist es dann bemerkenswerth, daß, wenn Ersterer das Erbrecht geltend zu machen versäumt, oder es ausgeschlagen hat, und der Letztere das ihm dennoch bleibende Recht auf die Erbschaft nicht geltend machen konnte (weil er als infans starb) oder wollte, nun diejenigen succediren, welche ursprünglich (nicht etwa erst jetzt, wo der Ausschluß des impubes entschieden wird) nach dem zuerst Berufenen die Nächsten waren, daß es, mit anderen Worten, so angesehen wird, als wäre jenem die Succession nie deferirt worden[24].

In ähnlicher Weise zur Erwerbung unfähig ist auch der furiosus, insofern er nicht suus ist, oder insofern nicht Andere, seiner potestas Unterworfene, ihm acquiriren[25]. Von ihm aber heißt es, die Erbschaft werde ihm überall nicht deferirt[26]. Daraus folgt denn, nach der von Justinian gebilligten und richtigeren Meinung, zunächst, daß auch sein curator die edictalis bon. poss. nie für ihn agnosciren, sondern nur eine decretalis furiosi nomine nachsuchen kann[27]. Diese bonorum possessio (in possessionem missio) hat Justinian im wesentlichen unverändert in seine neue Verordnung[28] aufgenommen und nur die Cautionen des alten Rechtes verworfen. Ferner folgt aber daraus, daß so lange die Geisteskrankheit des zunächst Berufenen weder durch Genesung, noch durch Tod beendet ist, überall keine Delation angenommen wird, daß, sobald die zuletztgenannte Entscheidung eintritt, nicht diejenigen berufen werden, die zur Zeit der Delation an den furiosus die Nächsten waren, sondern diejenigen, die es nun, bei dessen Tode sind[29].

Die Wirkungen der Delation einer Erbschaft sind folgende:

1) Von dem Momente der Delation an kann der Berufene die Erbschaft ent- oder annehmen oder ausschlagen. Die vor der Delation erfolgte Erklärung solcher Art, sollte sie auch eventuell gefaßt sein, ist völlig unverbindlich. Selbst die Erklärung über die eine Art der Delation ist der Regel nach ohne Wirkung für eine andere Art. Ist die testamentarische Erbschaft mit der Auflage deferirt, nur durch Cretion erworben zu werden, so wird sie durch aditio oder pro herede gestio

---

24) L. 18. C. cit.

25) L. 63. D. de a. v. o. h.

26) L. 1. §. 5. D. de succ. ed. (38. 9.)

27) L. 11. D. de auctor. tutor. (26. 8.) L. 1. D. de bon. poss. fur. (37. 3.) L. 2. §. 11. D. ad SC. Tertullianum (38. 17.) — Zu L. 35. D. ad SC. Trebell. kann vorausgesetzt werden, daß die fiduciaria erst nach der Antretung geisteskrank geworden sei. — Vgl. Cujac. in Pap. responsa lib. II. Opp. IV. 818—20. v. Löhr, im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung III. 59—62. Fabricius, historische Forschungen Hft. 1, S. 167—68.

28) L. 7. §. 7. C. de curat. fur. (5. 70.)

29) L. 7. §. 8. 9. C. cit.

nicht acquirirt, und die Repudiation innerhalb der Cretionsfrist gestattet bis zum Ablaufe dieser Frist immer noch, die Erbschaft durch Cerniren zu erwerben[30]). Hat der Intestaterbe repudiirt, so lange die Erbschaft noch dem Testamentserben deferirt war, so ist diese Erklärung für ihn wirkungslos; ebenso wenn der Substitut ausschlug, so lange noch der institutus berufen war[31]). Ist ein und demselben die Erbschaft ex testamento und ab intestato deferirt, so kann er, insoweit er nur gegen das edictum: si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem nicht verstößt, die erste Delation ablehnen und die zweite annehmen[32]). Schlägt er dagegen die Intestatsuccession aus, so wird darunter verstanden, daß er aus beiden Gründen ablehnen wollte; denn die Erbschaft wurde ihm in dem Augenblicke, wo er ex testamento repudiirte, ab intestato deferirt[33]).

Annahme und Repudiation setzen, um wirksam zu sein, voraus, daß die Delation, ihr Grund und ihr Umfang dem sich Erklärenden genügend bekannt waren. Glaubte derjenige, der wirklich schon jetzt zur Erbschaft berufen war, sie sei ihm nicht, oder nicht giltig deferirt, so ist seine Erklärung wirkungslos. Wußte dagegen derjenige, dem ein Hinderniß entgegenzustehen schien, daß es nicht vorhanden sei, so kann er, selbst wenn er selbst es war, der jenen Schein hervorgerufen, giltig antreten oder ausschlagen[34]).

2) Laufen die Fristen, die entweder der Erblasser (durch Cretion) oder der Prätor für die Annahme der Erbschaft bestimmt hat, und ebenso die Fristen, welche das neueste Recht für die Anfertigung des Inventars und (der richtigen Meinung nach) für Annahme der Erbschaft vorschreibt, von dem Momente an, wo der Berufene von der Delation Kunde erhält[35]).

3) Der Moment der Delation entscheidet darüber, wer als berufen gelte. Fällt also den Intestaterben die Erbschaft erst einige Zeit nach dem Tode des Erblassers zu, weil vielleicht die nun ausgefallene Bedingung, unter welcher der scriptus heres berufen war, längere Zeit schwebte, oder weil der letztere erst nach längerem Besinnen ausschlug, so gelten nun nicht etwa diejenigen als berufen, die bei des Erblassers Tode ihm am nächsten verwandt waren, sondern die es jetzt sind[36]). Gleiches muß gelten, wenn der Erblasser nur generisch Bezeichnete unter einer Suspensivbedingung honorirt hat; es gelten nämlich diejenigen als berufen, die zur Zeit der Delation, nicht zu der des Todes des Erblassers unter jener Bezeichnung begriffen sind. So z. B. wenn der Testator für den Fall, daß seine Liquidate bei einem obschwebenden

---

30) Ulpiani fragm. XXII. 33. 34.
31) L. 13. pr. §. 2. L. 21. §. 2. L. 69. D. de a. v. o. h.
32) L. 17. §. 1. D. eod.
33) L. 17. §. 1. cit. L. 70. §. 1. L. 77. eod.
34) L. 6. §. 4. L. 13. §. 1. L. 21. §. 3. L. 22. L. 23. L. 30. §. 1—8. L. 31—34. L. 46. L. 86. §. 1. eod.
35) L. 19. L. 22. C. de J. delib.
36) L. 7. §. 8. C. de curat. fur.

Concurse voll ausgehen sollten, seine im Staatsdienste befindlichen Verwandten zu Erben eingesetzt hätte.

4) Von dem Erben wird im Momente der Delation, und von diesem an ununterbrochen bis zur wirklichen Erwerbung, testamenti factio und sonstige Erbfähigkeit gefordert. Nur für die Zeit zwischen der Errichtung des Testamentes und dem Erbschaftsanfalle, nicht aber für die bis zur Acquisition noch verstreichende, heißt es: medium tempus non nocet[37]).

5) Ein festes Recht auf den Erbtheil erwirbt der Berufene durch die Delation keineswegs etwa so, wie der Legatar durch das cedere diei. Stirbt er also vor der wirklichen Erwerbung, so hat sein Erbe auf jenen nur angefallenen Erbtheil, die Transmissionsfälle ausgenommen, keinerlei Recht. Ist die Erbschaft einem homo alieni iuris deferirt, und dieser geht vor der wirklichen Acquisition in eine fremde potestas über, oder er wird durch emancipatio oder manumissio sui iuris, so hat, im Gegensatze gegen das Legat, cuius dies iam cesserat, der frühere Gewalthaber kein Recht auf sie[38]). Singulär ist es, daß die Theodosische Transmission auf die Kinder der, im Testamente des Erblassers instituirten, Descendenten den Erbtheil dieser letzteren nur dann überträgt, wenn dieselben zwar nach dem Tode des Testators, aber vor der Delation, so wie dieselbe damals durch das Papische Gesetz umgestaltet war, verstorben waren[39]).

Diese Grundsätze haben einzelne Modificationen durch das prätorische Recht, andere durch die Lex Julia et Papia Poppoea erfahren; doch sind die letzten von Justinian vollständig aufgehoben, so daß das alte Recht nun wieder unverändert gilt.

Der Prätor läßt nicht allein Personen zur bonorum possessio, denen die hereditas überall nie deferirt wird[40]); sondern er gewährt auch die erstere denen, welche eine Hoffnung auf die hereditas haben, schon vor der Delation. So, gegen Caution an die Substituten oder Intestaterben, namentlich allen unter einer Suspensivbedingung Eingesetzten[41]), während nach Civilrecht die Muciana cautio ursprünglich nur den Legataren den Besitz ihrer Honorirung verschafft hatte, und auch in ihrer späteren Ausdehnung auf die Erben lediglich auf die negativen, nur mit dem Tode zu entscheidenden Bedingungen beschränkt blieb[42]). Einigermaßen verwandt damit sind die decretales bon. possessiones, welche der Prätor wegen der Hoffnung, daß ein zur Erbschaft Berechtigter vor-

---

37) L. 6. §. 2. L. 49. §. 1. L. 59. §. 4. L. 62. D. de hered. inst. (28. 5.) Coll. L. 82. D. de a. v. o. h. Mühlenbruch, Fortsetzung zu Glück's Pandektencommentar XXXIX. 120—44.

38) L. 82. D. de a. v. o. h.

39) L. 1. C. de his qui ante apertas tab. (6. 52.)

40) Fabricius a. a. O. S. 106—144.

41) L. 5. pr. D. de b. p. sec. tab. (37. 11.) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechtes §. 650, Anm. 3.

42) L. 7. pr. L. 18. L. 73. D. de cond. et demonst. (35. 1.) Mühlenbruch a. a. O. Anm. 6.

handen sein, oder geboren werden konnte, interimistisch erhielt (ex Carboniano edicto, ventris nomine und furiosi nomine)[43].

Eine fernere Modification bewirkte das Papische Gesetz dadurch, daß es für die Succession aus einem schriftlichen Testamente den Zeitpunkt der Delation anders bestimmte. Nach älterem Rechte nämlich hatte der berufene Erbe jeden Augenblick die Erbschaft civilrechtlich antreten oder pro herede geriren können, also auch vor Eröffnung des Testamentes, wenn er nur (vielleicht durch seine Gegenwart bei der Errichtung, oder durch Aeußerungen des Testators) wußte, daß er instituirt sei; denn es kam ja nur auf seine wahrhafte Kunde von der Delation an. Die secundum tabulas bon. poss. dagegen konnte gewiß von jeher nur auf Vorzeigung des eröffneten Testamentes agnoscirt werden. Seitdem nun die Lex Julia Vicesimaria die dem aerarium so einträgliche Erbschaftsteuer eingeführt und zu deren Controle die Art der Testamentseröffnung gesetzlich bestimmt hatte[44], konnte dem Erben, auch wenn er seine Berufung auf anderem Wege kannte, nicht mehr gestattet sein, vor jenem Acte der Eröffnung und einseitig von dem Nachlasse Besitz zu ergreifen, mit anderen Worten, die Delation mußte bis auf den Moment der Apertur, der aus besonderen Gründen, z. B. wegen des Silanianischen SC., möglichenfalls geraume Zeit nach dem Tode des Testators eintreten kann, hinausgeschoben werden. Diese Bestimmung enthielt nun, nach dem deutlichen Zeugnisse Justinian's[45], die Lex Julia Papia Poppoea[46]; allerdings ist indeß dieselbe mit der verwandten, doch wesentlich verschiedenen, nicht zu verwechseln, daß der dies der in einem solchen Testamente ausgesetzten Legate, auch wenn er es nach altem Rechte schon im Augenblicke des Todes gethan haben würde, jetzt gleichfalls nie ante apertas tabulas cediren soll. — Die Wirkung dieser Neuerung ist nun zu Gunsten der caduca die, daß der Erbe, der zwischen dem Tode des Testators und der Eröffnung des Testamentes ganz oder theilweise unfähig wird, jetzt nie mehr durch vorgängige Antretung der Caducität entgehen kann; auf der anderen Seite ist aber durch diese Bestimmung auch wieder die Zwischenzeit, während welcher die eintretende Unfähigkeit schadet, verkürzt worden. Nach altem Rechte blieb derjenige unfähig, sein Erbtheil wurde also caducum, der es nach dem Tode des Erblassers einen Augenblick gewesen war, sollte diese Unfähigkeit auch noch vor der Testamentseröffnung wieder gehoben sein. Nach der neuen Bestimmung schadete ihm die Unfähigkeit nur, wenn sie zwischen der Apertur und der Erwerbung stattfand. Jedenfalls ist die Beziehung dieses Grundsatzes auf Caducität offenbar.

---

43) Mühlenbruch a. a. O. §. 622, Anm. 2—4. Fabricius a. a. O. S. 165—184. Hasch ke in Richter, krit. Jahrbücher für teutsche Rechtswissensch. III. 27—32.

44) Paulli sentent. IV. 6.

45) L. un. §. 1. 5. C. de cad. toll. (6. 51.)

46) Heinecc. comm. ad L. Jul. et Pap. Popp. III. 2. §. 2. Anderer Meinung ist Mühlenbruch, Fortsetz. XXXIX. §. 33, Anm. 48.

Im Uebrigen blieben die alten Grundsätze unverändert; also nicht nur die Intestatsuccession und die aus einem nuncupativen Testamente wurde schon im Momente des Todes deferirt, sondern auch von den, im schriftlichen Testamente eingesetzten Erben, für die es überall keiner Delation bedurfte, von den sui, die ipso iure erwerben, konnte man nicht sagen, die Erbschaft werde ihnen erst apertis tabulis deferirt [47].

Caducum kann ferner immer nur ein Theil des Nachlasses, über den testamentarisch verfügt ist, werden. Verliert das ganze Testament seine Kraft, so tritt nicht Caducität, sondern Intestatsuccession ein. Ist daher nur ein heres ex asse vorhanden, so kommt der neue Grundsatz der Lex Papia, wegen seiner wesentlichen Beziehung auf die Caducität, gleichfalls nicht zur Anwendung. Die Delation erfolgt, vorausgesetzt, daß die Institution pure geschehen war, wie nach altem Rechte mit dem Tode des Erblassers. Von diesem letzten Satze haben sich insofern noch Spuren im Justinianischen Rechte erhalten, daß die, an den heres ex asse mit dem Momente des Todes erfolgende, Delation mehrfach als eine Ausnahme erwähnt wird [48].

Justinian hat das ganze Princip der Lex Papia aufgehoben, so daß jetzt wieder allgemein die Delation im Augenblicke des Todes des Erblassers erfolgt.

Witte.

Hereditatis petitio [1]) heißt die ordentliche Klage, durch welche das Recht der Erbfolge gegen verletzende Eingriffe Anderer gerichtlich geltend gemacht wird. Neuere haben sie auch wohl petitorische Erbschaftsklage genannt, im Gegensatze gegen andere Rechtsmittel, die man als possessorische bezeichnet [2]). Sie ist ihrem Wesen nach eine Vindication des Erbrechtes [3]), eine Klage auf Anerkennung des durch die Erwerbung

---

47) Franc. Ramos del Manzano ad LL. Jul. et Pap. lib. IV. Reliq. 36. §. 10. 11. Meermann, thes. V. 510.

48) L. 1. §. 4. D. de iuris et facti ign. (22. 6.) L. 21. D. de cond. et dem. (35. 1.) L. 44. D. de mort. causa don. (39. 6.) L. 8. C. de iure delib. (6. 30.) Ramos l. c. §. 9.

1) Quellen: Dig. de hereditatis petitione. (5. 3.) Cod. de petitione hereditatis. (3. 31.) Cf. Paulli sentt. I. tit. 13b. Gregor. Cod. ed. Haenel. lib. III. tit. 1. Theod. Cod. ed. Haenel. lib. II. tit. 22. — Literatur: Donelli comment. lib. XXIX. cap. 12—16. Glück, Erläuter. der Pand. Th. 7, Abth. 2, S. 491 flg., Th. 8, S. 1 flg. Fabricius, Bemerkungen über die hereditatis petitio, im rhein. Mus. für Jurisprud. IV. S. 165—211. Arndts, über das Wesen der hereditatis petitio, in dessen Beiträgen zum Civilrechte und Civilproz. (Bonn 1837), I. S. 1—112. Roßhirt, das testament. Erbr. (Heidelb. 1840), II. S. 1—56. Vgl. auch Thibaut, im Arch. für civ. Prax. VII. 12. Buchholtz, jurist. Abh. (Königsberg 1833), Nr. I.

2) Vgl. Bd. 2, S. 295 und den Art. interdictum quorum bonorum.

3) Daher hereditatis vindicatio, Cai. II. 120. L. 8. D. h. t. L. 19. in f. D. de inoff. test. (5. 2.) L. 3. D. expil. hered. (47. 19.), successionis vindicatio, L. 4. C. qui adm. ad b. p. (6. 9.) L. 2. C. unde legitimi. (6. 15.) L. 5. 9. C. commun. de succession. (6. 59.) L. 4. C. in quib. caus. cesset l. t. p. (7. 34.) Vgl. Bd. 4, S. 1 flg.

der Erbschaft begründeten Rechtes der Repräsentation eines Verstorbenen in Ansehung seiner Vermögensverhältnisse, gegen diejenigen, welche dieses Recht irgendwie factisch beeinträchtigen[4]). Sie gehört daher zu den in rem actiones[5]), wie ihr denn auch eine absolut lautende Intention, hereditatem actoris esse, entsprach[6]), und nur uneigentlich wird sie einmal mixta personalis actio genannt[7]). Sie kann aber entweder auf Geltendmachung des alleinigen und ausschließlichen Erbrechtes gerichtet sein, indem der Kläger heres ex asse zu sein behauptet, oder auf ein bloßes Theilerbrecht sich gründen, wobei ein Miterbrecht anderer Personen anerkannt wird[8]); im ersten Falle nennt die moderne Terminologie die Klage hereditatis petitio totalis oder universalis, im anderen Falle h. p. partiaria.

Was nun zunächst die Subjecte dieser Klage betrifft, so ist dieselbe als civilis actio nur demjenigen gegeben, welcher nach Civilrecht Erbe geworden (heres). Als utilis actio aber kommt sie auch dem blos prätorischen Erben zu (dem bonorum possessor cum re), und heißt in dieser Anwendung insbesondere possessoria h. p.[9]); ferner dem Universalfideicommissar, in welchem Falle sie fideicommissaria h. p. genannt wird[10]); dann auch dem Fiscus, insofern ihm Erbschaften als bona vacantia oder ereptoria zugefallen sind[11]), und nicht minder anderen juristischen Personen, welche in dieser Beziehung als eine Art von gesetzlichen Erben dem Fiscus vorgehen[12]). Natürlich muß die Klage auch dem Erben des Erben oder desjenigen, welcher dem Erben gleich dazu berechtigt ist, zustehen[13]). Demjenigen aber, welchem die Erbschaft als Ganzes durch Veräußerung von Seiten des wahren Erben überlassen ist, kann die Erbschaftsklage gleich den einzelnen erbschaftlichen Klagen nur als ausdrücklich oder stillschweigend abgetretene Klage zugestanden wer-

---

4) Eine andere Ansicht über die Natur der hered. pet. hat Fabricius a. a. O. aufgestellt, aber vgl. dagegen Arndts a. a. O.

5) Cai. IV. 16. 17. L. 25. §. 18. D. h. t. L. 27. §. 3. D. de R. V. (6. 1.)

6) L. 3. 10. §. 1. D. h. t.

7) L. 7. C. h. t. Der Ausdruck erklärt sich durch die Vergleichung mit L. 25. §. 18. cit. Vgl. Löhr, in seinem Magaz. IV. S. 17 flg. Rhein. Mus. II. S. 141. Savigny, System V. S. 479. — Für eine persönliche Klage erklärt die hered. pet. einzig Roßhirt, im Arch. für civ. Prax. IX. S. 32 flg. Vgl. dessen testament. Erbr. II. S. 5 flg., gemeines Civilrecht III. S. 2, 229 flg.

8) L. 10. §. 1. D. h. t. Cf. tit. Dig. si pars hereditatis petatur. (5. 4.)

9) L. 1. 2. D. de possessoria hereditatis petitione. (5. 5.) Als eine wunderliche Erfindung der Justinianischen Compilatoren wird diese Klage dargestellt von Fabricius a. a. O. S. 177 flg., 209 flg. Vgl. aber dagegen Arndts a. a. O. S. 50—59.

10) L. 1—3. D. de fideicommissaria hereditatis petitione. (5. 6.)

11) L. 20. §. 6. 7. Cf. L. 54. D. h. t. Vgl. Bd. 3, S. 939 flg., Bd. 4, S. 48 flg.

12) Vgl. tit. Cod. de bonis vacant. (10. 10.)

13) Ueber Paulli sentt. l. c. §. 4. vgl. Schulting ad h. l.

den[14]), und nur demjenigen, der vom Fiscus eine Erbschaft erkauft hat, wird in den Quellen gleichwie dem Universalfideicommissar geradezu utilis h. p. beigelegt, da er auch wahrer Universalsuccessor ist[15]).

Die Frage, gegen wen die Erbschaftsklage angestellt werden könne, beantwortet sich vorerst im allgemeinen nach der Natur der in rem actio dahin: sie findet statt gegen jeden, welcher irgendwie das Erbschaftsverhältniß des Klägers thätlich verletzt, indem er demselben etwas vorenthält, was ihm doch kraft dieses Verhältnisses rechtlich gebührt. Dieses Etwas braucht keineswegs die ganze Masse der zur Erbschaft gehörenden Objecte zu sein. Das Recht der Erbschaft kann auch durch die einem einzelnen darin begriffenen Rechte widerstreitende Anmaßung verletzt werden. Wer auch nur eine einzige Sache der Erbschaft im Besitze hat und dem Erben auf Verlangen nicht herausgibt, kann deßhalb nach Umständen mit der h. p. belangt werden[16]). Und da die Erbschaft nicht blos Eigenthumsrechte in sich schließt, sondern die mannigfaltigsten Vermögensrechte, in denen das eine Recht des Erben verletzt werden kann, so kann auch aus allen solchen Veranlassungen die h. p. hervorgehen[17]). Daher ist sie z. B. auch gegen denjenigen möglich, welcher eine Sache, deren Detention dem Erben zu erhalten, ein rechtliches Interesse vorliegt, eigenmächtig aus dem Nachlasse an sich genommen hat[18]), gegen denjenigen, welcher aus Veranlassung des Besitzes von Erbschaftssachen gegenwärtig nur noch ein Klagerecht hat, das dem Erben abzutreten sich gebührt[19]), und namentlich auch gegen den Schuldner der Erbschaft, der den Betrag der Schuld dem Erben vorenthält und so diesem tanquam iuris hereditarii possessor gegenübertritt[20]). Es kommt überhaupt nur darauf an, ob der Gegner sich im Besitze eines Vermögensvortheiles befinde, dessen Restitution in den Erbschaftsprozeß fällt, worüber unten das Nähere[21]). Und weil es hierbei, wie bei der Eigenthumsklage, nur auf das Factum des Habens und die restituendi facultas ankommt, so findet unter dieser Voraussetzung auch gegen den Haussohn die h. p. statt,

---

14) Cf. L. 16. pr. D. de pactis. (2. 14.) Bd. 4, S. 25. — Auf L. 4. §. 28. D. de doli mali except. (44. 4.) darf man sich bei dieser Frage nicht berufen. Sie bezog sich ursprünglich auf den Fall der in iure cessio legitimae hereditatis nondum aditae (Bd. 4, S. 24, Note 173), und im Justinianischen kann sie erklärt werden durch Bezugnahme auf den Fall, wenn der Cessionar selbst nach dem Cedens der nächste Erbe war und dieser daher zu Gunsten desselben die noch nicht angetretene Erbschaft pretio accepto ebenfalls ausgeschlagen hat. Kein Zweifel übrigens kann darüber sein, daß die hered. pet. auch, so wie sie gegen eine bestimmte Person begründet ist, speciell cedirt werden könne, und daß dieses etwas anderes ist, als der Verkauf der Erbschaft, der dem Käufer Anspruch auf Ueberlassung des ganzen Vermögensinhaltes der Erbschaft gibt, ist klar. Vgl. Roßhirt a. a. O. II. S. 51.

15) L. 54. D. h. t. Vgl. Bd. 4, S. 26.

16) L. 4. 9. 10. pr. D. h. t.

17) L. 18. §. 2. L. 50. D. h. t. Vgl. Bd. 4, S. 1, 2.

18) L. 19. pr. §. 2. D. h. t.

19) L. 16. §. 4. 7. D. h. t.

20) L. 13. §. 15. L. 14—16. pr. §. 3. D. h. t.

21) Vgl. Note 85 flg.

nicht minder aber gegen den Vater (oder Herrn), insofern dieser durch den Untergebenen oder in dessen Peculium den erbschaftlichen Vortheil besitzt[22]).

Aber die materielle Verletzung eines erbschaftlichen Rechtes muß sich auch als eine Verletzung des Erbrechtes darstellen, damit sie die h. p. veranlassen könne. Eine Anfechtung des Successionsverhältnisses ist es nicht, wenn Jemand sich im Besitze einer zur Erbschaft gehörenden Sache befindet, indem er diese aus einem singulären Rechtsgrunde erworben hat. Dieser Besitz widerstreitet wohl dem Eigenthumsrechte, das durch die Erbschaft auf den Erben übergegangen ist, so wie er auch dem Eigenthumsrechte des Erblassers widerstritt; aber er widerstreitet nicht dem Erbrechte, welches nichts destoweniger dasselbe ist, wenn auch das Eigenthum dieser einzelnen Sache, wie der Besitzer behaupten mag, nicht zu der Erbschaft gehört. Daher findet gegen diesen Besitzer nicht die h. p., sondern die rei vindicatio Anwendung, wie sie auch der Erblasser anstellen würde[23]). Gründet aber der Besitzer seinen Besitz der Sache, deren erbschaftliche Qualität er nicht leugnet, gerade darauf, daß er selbst zur Erbschaft berechtigt sei, so offenbart sich in der Verletzung dieses einzelnen Rechtes eine Anmaßung gegen das Erbverhältniß des Gegners, welcher deßhalb zur h. p. greifen kann[24]). So auch, wenn der Schuldner der Erbschaft nur deßhalb dem Erben die Zahlung vorenthält, weil er behauptet nichts schuldig zu sein oder weil er zweifelt, ob dieser wirklich der Erbe sei, dem er sicher zahlen könne, so liegt kein Grund vor, ihn mit der h. p. zu belangen; wenn er aber nicht zahlt, weil er selbst behauptet Erbe zu sein, so ist diese Klage gegen ihn begründet, indem nun die Vorenthaltung der Schuld als Verletzung des Erbrechtes erscheint[25]). Auf diese Weise gelangt man zu dem Satze: wer pro herede eine Sache oder ein Recht der Erbschaft besitzt, gegen den kann die h. p. angestellt werden[26]).

Nach denselben Stellen aber, welche diesen Satz aussprechen, soll auch wer nur pro possessore besitzt, mit derselben Klage belangt werden können. Wer nämlich ohne allen Rechtsgrund etwas zur Erbschaft Gehöriges sich anmaßt, mag wohl im einzelnen Falle nur an Verletzung des einzelnen Rechtes, ohne Rücksicht auf seine Beziehung zur Erbschaft, denken; es kann aber auch seine Handlung vorzugsweise aus der Nichtachtung des Erbverhältnisses hervorgehen und als eine gerade gegen dieses gerichtete mehr oder minder umfassende Anmaßung erscheinen, indem er den Nachlaß des Verstorbenen als gute Beute behandelte. Hier ist es

22) L. 34. §. 1. L. 36. §. 1. D. h. t. Vgl. Arndts a. a. O. S. 71—75.

23) L. 7. C. h. t. L. 4. Cod. in quib. caus. cesset. l. t. p. 7. 34.: cum ab his (sc. contra hos) successio vindicari non possit.

24) L. 9. 11. D. h. t.

25) L. 42. D. h. t. Cf. not. 20.

26) L. 9. D. cit.: Eum demum teneri petitione hereditatis qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam.

nun der Natur der Sache und dem practischen Bedürfnisse angemessen, diejenige Klage eintreten zu lassen, die zum Schutze des Erbverhältnisses im Ganzen bestimmt ist und alles darunter Gehörige umfaßt, und das ältere römische Recht hatte zur Gestattung der universellen Klage in diesem Falle noch eine besonders dringende Veranlassung, weil es die massenweise Besitzergreifung der noch besitzlosen Sachen einer Erbschaft durch die Grundsätze über usucapio pro herede lucrativa geradezu begünstigte und beförderte[27]. Begreiflich aber ist es, daß nun dem verletzten Erben gegen denjenigen, von welchem einmal gewiß ist, daß er ohne Rechtsgrund besitze, auch schlechthin nach Befinden die h. p. zu Gebote gestellt wurde, ohne erst nach den besonderen Intentionen desselben zu fragen, und so erklärt sich denn die allgemeine Regel, die in L. 9. D. h. t. ausgesprochen ist[28].

Als possessor pro possessore ist nun vor allen derjenige der h. p. ausgesetzt, welcher eigenmächtig und ohne sich zur Erbschaft berechtigt zu halten, Sachen, die in dem Nachlasse des Verstorbenen sich befanden, sich zugeeignet hat[29], und zwar auch dann, wenn er aus irgend einem anderen Grunde Eigenthümer dieser Sachen zu sein behauptet, in welchem Falle er wenigstens vorerst den ohne Rechtsgrund erworbenen Besitz derselben dem Erben zurückerstatten muß, um dann sein Eigenthum gegen ihn klagend geltend zu machen, wie er auch gegen den noch besitzenden Erblasser hätte thun müssen[30]. Aber auch wer schon dem Verstorbenen selbst oder auch dritten Personen den Besitz von Erbschaftssachen unrechtmäßiger Weise entzogen hat, z. B. der Dieb oder Räuber oder Dejicient, kann als possessor pro possessore mit der h. p. belangt werden[31], und auch derjenige, welcher durch ein an sich rechtlich ungiltiges Geschäft wissentlich solche Sachen von einem Anderen erworben hat, z. B. durch

27) Cai. II. 52—56. Arndts a. a. O. S. 31—33.

28) Savigny, im System Bd. 5, S. 26, bezeichnet es als eine von der Natur der in rem actio einigermaßen abweichende Eigenthümlichkeit der h. p., daß sie nicht, wie die rei vindicatio, schlechthin gegen einen unbestimmten unbekannten Gegner gerichtet sei, sondern nur gegen bestimmte einzelne Personen angestellt werden könne, nämlich nur gegen denjenigen, der entweder pro herede oder pro possessore besitzt. In der That aber liegt darin eben so wenig eine Abweichung von dem absoluten Charakter der in rem actio, als darin, daß die rei vindicatio nur gegen einen Besitzer der Sache stattfindet, die confessoria in rem actio nur gegen denjenigen, der die Servitut bestreitet. Der Unterschied ist nur dieser, daß dem Eigenthum jeder Besitz, dem Erbrechte nur ein besonders qualificirter Besitz eines Anderen widerstreitet. Puchta, Pand. §. 506, Note d.

29) L. 11. §. 1—L. 13. pr. D. h. t.

30) Arg. L. 3. Cod. quor. bon. (8. 2.) L. un. Theod. Cod. eodem. (2. 21.) Vgl. Fabricius a. a. O. S. 171. Arndts a. a. O. S. 38—46 und jetzt auch Vangerow, Pand. II. S. 358.

31) L. 13. pr. L. 16. §. 4. D. h. t. L. 14. §. 2. D. quod met. causa. (4. 2.) L. 6. §. 5. 6. L. 22. §. 1. D. de act. rer. amot. (25. 2.) — Daß die h. h. sich nur auf diejenigen Sachen beschränke, die der Verstorbene bis zu seinem Tode besessen, wird behauptet von Fabricius a. a. O. S. 161 flg., widerlegt von Arndts a. a. O. S. 1—14.

Verkauf eines Wahnsinnigen oder Unmündigen[32]); nicht aber jeder, welcher durch ein an sich giltiges Geschäft, wenn gleich mala fide, eine Erbschaftssache an sich brachte und diese also nun singulari titulo besitzt, und durchaus auch nicht, wer erst von dem Erben selbst auf solche unrechtliche Weise einzelne Objecte der Erbschaft sich verschaffte[33]).

Als possessor pro herede ist derjenige Besitzer der Klage unterworfen, der sich für den Erben hält oder dieses wenigstens vorgibt, sei es auch nur für den prätorischen Erben[34]). Gegen den Universalfideicommissar, dem die Erbschaft restituirt worden, wird aber nur utilis h. p. gegeben, da er nur unmittelbar heredis loco ist[35]), und eben so wird, dem practischen Bedürfnisse zu genügen, auch gegen denjenigen die universelle Klage zugelassen, dem die Erbschaft als Ganzes durch ein besonderes Rechtsgeschäft von einem Anderen als anmaßlichem Erben überlassen worden ist, wie gegen den Käufer der Erbschaft[36]), jedoch mit Ausnahme desjenigen, dem vom Fiscus die Erbschaft verkauft wurde, da dieser nach neuerem Rechte jeder Anfechtung von Seiten des wahrhaft Berechtigten enthoben sein soll[37]).

Der Erbe desjenigen, welcher pro herede oder pro possessore besaß, kann ebenfalls mit der h. p. belangt werden, insofern dieser Besitz seines Erblassers auch auf ihn übergegangen ist; und zwar kommt es dabei nicht darauf an, in welcher Meinung er jetzt die Sachen besitze, ob er sie z. B. für irgend anderwärts erworbenes Eigenthum seines Erb-

---

32) L. 13. §. 1. D. h. t.

33) L. 13. §. 8. D. h. t. Vgl. jedoch L. 25. §. 8. ibid. Arndts a. a. O. S. 47. Vangerow a. a. O.

34) L. 11. pr. L. 12. D. h. t. Vgl. unten Note 59.

35) L. 13. §. 5—7. Cf. L. 20. §. 13. D. h. t. Gegen den Restituenten selbst ist die Klage zugleich möglich, sofern er noch etwas aus der Erbschaft behielt, z. B. wenn er retenta certa quantitate restituere rogatus erat, L. 13. §. 6. cit., oder wenn er erst nach einer gewissen Zeit mit Vorbehalt der inzwischen gezogenen Nutzung die Erbschaft restituirt, L. 13. §. 7. cit., natürlich auch wenn er nur eine Quote der Erbschaft restituirt. In L. 16. §. 7. D. h. t. wird aber überhaupt gegen den Fiduciar, welcher ex causa fideicommissi den Nachlaß herausgegeben hat, aus dem Grunde h. p. gegeben, weil er dadurch bei der durch das erwiesene Erbrecht des Klägers sich ergebenden Ungiltigkeit des Fideicommisses, die Condiction auf Rückgabe erworben hat, also iuris possessor ist (vgl. Note 138), jedoch nur mit der Wirkung, daß jener diese seine Klage dem Erben abtreten muß. Dabei muß aber vorausgesetzt werden, daß der Fiduciar zuerst selbst schon pro herede den Besitz der Sachen gehabt und nicht blos durch eine allgemeine Willenserklärung die Erbschaft im Ganzen restituirt habe, und wahrscheinlich ist dabei an einen Fall gedacht, wo das Fideicommiß keine Universalsuccession zur Folge hatte; denn sonst und so überall nach Justinianischem Rechte ist es doch das Einfachere, gegen den Fideicommissar sofort die utilis h. p. anzustellen.

36) L. 13. §. 4. 8—10. D. h. t. Vgl. darüber Fabricius a. a. O. S. 190—193. Roßhirt a. a. O. II. S. 14, 50.

37) Der Satz in L. 13. §. 9. D. h. t. ist antiquirt durch L. 2. 3. C. de quadriennii praescript. (7. 37.) Vgl. Bd. 4, S. 26.

lassers halte, denn der Besitz des letzten geht mit seiner ursprünglichen Eigenschaft auf ihn über[38]).

Ausnahmsweise ist nun aber endlich die h. p. auch gegen einen solchen von Erfolg, der wirklich gar nichts zur Erbschaft Gehöriges im Besitze hat, nämlich 1) gegen denjenigen, welcher, ohne etwas zu besitzen, dennoch so, als ob dieses der Fall wäre, den Kläger täuschend, auf die Klage sich einläßt (qui liti se obtulit)[39]), und 2) gegen denjenigen, welcher böswilliger Weise des Besitzes von Erbschaftssachen sich entäußert (qui dolo malo fecit quominus possideret) oder auch nur, wo er zuvor durch seine Widerrechtlichkeit dafür verantwortlich geworden, schuldvoller Weise jetzt nicht den Besitz hat[40]). Gegen den Erben aber ist in diesen Fällen, wenn nicht schon mit dem Verstorbenen lis contestirt war, nach römischem Rechte nur insofern eine Klage zulässig, als er in Folge jenes Vergehens seines Erblassers noch reicher ist; insoweit aber ist auch h. p. zulässig, weil diese Bereicherung mittelbar aus der streitigen Erbschaft gewonnen ist, obwohl statt der rei vindicatio im entsprechenden Falle nur eine persönliche in factum actio gegen den Erben gegeben wird[41]).

Einer besonderen Erörterung bedarf noch die Frage, gegen welche Personen die partiaria h. p. sich richten könne? Sie findet sowohl gegen Miterben statt oder solche, die coheredum loco sind, als gegen dritte Personen, welche sich pro herede oder pro possessore im Besitze von Erbschaftsgegenständen befinden[42]). Welchen Theil des Gesammtbetrages der Erbschaft diese Gegenstände ausmachen, darauf kommt es nicht an; gegen jeden, der nur irgend etwas von der Erbschaft hat, kann der Theilerbe sein Theilerbrecht, wie der Alleinerbe sein ausschließliches Erbrecht, geltend machen, und folgeweise nach Maßgabe seines Erbtheiles pro parte Restitution jener Sachen fordern[43]). Unter gegenseitig sich anerkennenden Miterben wird freilich die h. p. nicht leicht Anwendung finden, sondern vielmehr die nach Zweck und Inhalt verschiedene actio familiae erciscundae [44]). Wenn aber der Alleinbesitzende das Miterbrecht des anderen nicht anerkennt und dieser nun sofort gegen jenen die Erbtheilungsklage anstellen will, so kann jener ihn durch die exceptio quod

---

38) L. 13. §. 8. D. h. t. Cf. L. 11. D. de div. temp. (44. 3.) Ueber L. 13. §. 11. D. h. t. vgl. Vangerow a. a. O. II. S. 359.

39) L. 13. §. 13. L. 45. D. h. t. Cf. L. 25. 27. pr. D. de R. V. (6. 1.)

40) L. 13. §. 14. L. 25. §. 2. 8. D. h. t. Cf. L. 27. §. 3. D. de R. V. (6. 1.) L. 171. D. de R. J. und unten Note 98 flg., 117 flg.

41) L. 42. 52. D. de R. V. Vgl. Savigny, System V. S. 54. Arndts a. a. O. S. 68—71. Nach heutigem Rechte muß aber consequent in factum actio auf das Interesse gegen den Erben gegeben werden, so weit er durch die Erbschaft seines Erblassers bereichert ist. Savigny a. a. O. V. S. 51 flg.

42) Mit Unrecht ist das letzte nicht beachtet von Höpfner, Comment. §. 707, das erste von Peucer, diss. de usucap. pro herede p. 25. not. 53.

43) L. 1. pr. §. 1. D. si pars hered. pet.

44) L. 1. §. 2. in f. D. l. c. L. 1. §. 1. L. 25. §. 2. L. 51. §. 1. D. fam. ercisc. (10. 2.) Vgl. L. 7. D. si pars her. pet.

praeiudicium hereditati non fiat vorerst zur Anstellung der h. p. partiaria nöthigen, nach deren Durchführung dann erst die Theilungsklage anwendbar ist, und nur, wenn der Besitzende selbst die Theilung begehrt, der Gegner aber dessen Miterbrecht nicht anerkennt, muß der Streit darüber als Präjudicialpunkt im Erbtheilungsprozesse zur Entscheidung gebracht werden, da jener gar nicht in dem Falle ist, die h. p. anzustellen, vielmehr der andere gegen ihn sein Alleinerbrecht durch h. p. geltend zu machen hätte[45]). Uebrigens sind in Betreff der h. p. partiaria folgende Fälle zu unterscheiden[46]): 1) Es befindet sich nur einer im Besitze: gegen ihn klagt der Theilerbe auf Restitution nach Maßgabe seines Erbtheiles und dabei kommt nichts darauf an, ob der Beklagte selbst als Miterbe anerkannt werde oder nicht[47]). 2) Es befinden sich mehrere Nichterben im Besitze, während Andere mit einander Erben sind. Hier hat jeder von den letzten die h. p. pro parte gegen jeden der ersten, keineswegs der eine Miterbe ausschließlich gegen den einen, der andere gegen den anderen, wenn gleich das, was der eine oder andere von jenen besitzt, seinem Betrage nach dem Erbtheile des einen oder anderen Miterben zufällig gleichkommen mag. Da sich das Theilerbrecht auf alle einzelne Gegenstände der Erbschaft erstreckt, so ist auch gegen jeden Besitzer irgend eines Erbschaftsgegenstandes oder auch nur eines Theiles desselben für jeden Miterben pro parte die h. p. begründet[48]). 3) Mehrere Erbprätendenten sind im Besitze theils dieser, theils jener Erbschaftsgegenstände. Diese haben gegeneinander die h. p. partiaria, werden aber, wenn sie ihr Miterbrecht einander nicht bestreiten, besser zu der Erbtheilungsklage greifen[49]). 4) Mehrere befinden sich im Besitze, von denen der nicht besitzende Erbe den einen wohl als seinen Miterben anerkennt, und zwar zu dem Theile, zu welchem er besitzt, den anderen aber nicht. Nach strenger Consequenz müßte in diesem Falle die Klage sowohl gegen den anerkannten als gegen den anmaßlichen Miterben gerichtet werden, und jener hätte nur pro sua parte auch wieder gegen den letzten zu klagen. Diese Consequenz wäre aber zu subtil und darum unpractisch. Dem Rechte des nichtbesitzenden Erben widerstreitet auch eigentlich nur der Besitz des Nichterben; denn wenn dieser rechtlich begründet wäre, so würde bei dem unbestrittenen Theilerbrechte des anderen Mitbesitzers jener wirklich ganz von der Erbschaft ausgeschlossen sein. Der letzte hat daher hier seine Klage nur gegen den Nichterben zu richten[50]). Keineswegs aber ist dasselbe zu behaupten von dem Falle, wenn ein Miterbe und ein Nichterbe nicht zusammen im Mitbesitze der Erbschaft sich befinden, sondern jeder verschiedene Objecte der Erbschaft im ausschließlichen Besitze haben, wenn

---

45) L. 1. §. 1. cit. Vgl. Arndts a. a. O. in den Zusätzen.

46) Vgl. Glück a. a. O. VIII. S. 2 flg. Göschen, Civilrecht III. 2. S. 445 flg.

47) L. 1. §. 1. D. si pars her. pet.

48) L. 1. §. 2. D. l. c.

49) Vgl. Note 44. L. 15. D. de except. rei iud. (44. 2.)

50) L. 1. §. 3. D. si pars her. pet.: Pegasus fertur existimasse a solo extraneo me petere debere... Pegasi sententia utilior est.

gleich diese nach ihrem Werthe etwa den Erbtheilen der wahren Erben genau entsprechen sollten[51]). Zwar verstehen manche die L. 1. §. 3. D. h. t. gerade nur von dem Falle, wenn die Gegner die Erbschaft nach Gegenständen getheilt besitzen[52]), aber gewiß mit Unrecht. Schon der Ausdruck der Stelle verträgt sich nicht wohl mit der Annahme, daß der eine z. B. dieses, der andere jenes Grundstück oder andere Erbschaftssachen besitze[53]). Auch wäre es eine unmotivirte Abweichung von der Consequenz, gegen den Miterben, der im alleinigen Besitze z. B. eines erbschaftlichen Landgutes ist, die h. p. partiaria zu versagen, da doch der Kläger die Einräumung des Mitbesitzes dieses Landgutes pro indiviso unbedingt zu fordern berechtigt ist, und deßhalb, mag er auch gegen den Dritten unterliegen oder siegen, da die res iudicata in diesem Rechtsstreite jenem nicht nützt, doch jedenfalls gegen ihn die h. p. anstellen kann[54]). Zudem ist die Frage, an non plus coheres habeat sua parte bei Verschiedenartigkeit der Besitzgegenstände nur durch das iudicium familiae erciscundae zu rechtlicher Entscheidung zu bringen; wie sollte nun mit dieser bloßen Behauptung der Miterbe die h. p. von sich abwenden und den Kläger ausschließlich an den andere Sachen besitzenden Nichterben verweisen können? Dagegen hat man freilich bemerkt, nach unserer Erklärung sei des Pegasus Meinung schon der strengsten Consequenz gemäß, Ulpian aber finde darin eine Abweichung von der Consequenz. Allein in schärfster Strenge argumentirten die römischen Juristen folgendermaßen: der Theilerbe vindicirt einen ideellen Theil der Erbschaft, d. i. des ius successionis; dieses gibt ihm Anspruch auf einen entsprechenden Theil alles desjenigen, was zur Erbschaft gehört, wo es sich auch finde, es sei selbst wieder ein Theil oder ein Ganzes, und so vindicirt er die Erbschaft pro parte auch selbst gegen den nur pro parte als Miterbe Besitzenden; denn streng genommen kann man nicht sagen, daß die pars pro indiviso, die ein Dritter als anmaßlicher Miterbe besitzt, gerade die dem Erbtheile des Klägers entsprechende sei; vielmehr ist dieser wie jeder andere Theil wiederum nach Verhältniß der Erbtheile unter die wahren Erben getheilt zu denken. Diese Consequenz aber wäre zu subtil, und ist darum von den römischen Juristen verlassen. 5) Mehrere Miterben sind im Besitze, es sei derselben Gegenstände (pro partibus indivisis) oder verschiedener, ein anderer Miterbe aber besitzt nicht. Dann hat dieser gegen jeden von jenen seinen Erbtheil zu vindiciren und folgeweise Restitution dessen, was dieser besitzt, nach Verhältniß seines Erbtheiles zu fordern[55]). 6) Ein Miterbe besitzt zwar zum Theil die Erbschaft,

---

51) Donell. l. c. cap. 16. §. 5. Fabri, Rationalia ad L. 1. §. 3. Buchholtz a. a. O. S. 8.

52) Voet ad h. t. §. 2. Glück a. a. O. S. 4, 5. Göschen a. a. O. S. 444.

53) Si ego ex parte me dicam heredem, coheres autem meus possideat hereditatem cum extraneo, quum non plus coheres haberet sua parte.

54) L. 1. §. 2. in f. L. 7. D. l. c.

55) Cf. L. 6. pr. D. l. c.

aber nicht in dem Maße, als ihm nach der Größe seines Erbtheiles gebührt, während andere außer ihm im Besitze sind. Hier muß jener wiederum gegen jeden der letzten seinen Erbtheil vindiciren, und erlangt dadurch folgeweise wiederum die Restitution desjenigen, was jeder besitzt, nach Verhältniß seines Erbtheiles, so zwar, daß er dadurch im Ganzen zunächst sogar mehr, als seinem Erbtheile entspricht, erlangen kann. Insofern nun aber die letzten selbst Miterben sind, könnten sie eben so pro parte gegen jenen klagen, und daher tritt nun sogleich eine Compensation der gegenseitig zu restituirenden Theile ein, so weit sie einander gleich sind, und wenn etwa ein Miterbe gerade nur seinen Theil besitzt, ein Dritter aber denjenigen Theil, der dem ersten noch abgeht, so hat dieser nach Analogie von 4) auch nur gegen den Dritten seine Klage zu richten [56]).

Nachdem nun die Parteien im Erbschaftsstreite bestimmt sind, muß der Verlauf und Erfolg desselben untersucht werden, wobei überall zunächst der Fall im Auge gehalten werden soll, wenn Jemand als eigentlicher Erbe und zwar als alleiniger Erbe die Klage anstellt, indem darnach die Anwendung auf die übrigen Fälle meistentheils leicht von selbst sich ergibt.

Die beiden Umstände, durch welche der Erfolg der Klage bedingt ist, sind 1) daß der Beklagte etwas pro herede oder pro possessore besitze, beziehungsweise als besitzend behandelt werden könne, 2) daß der Kläger wirklich Erbe sei. Das erste kann der Beklagte in Abrede stellen, indem er leugnet, daß er überhaupt dasjenige, was der Kläger angibt, besitze, oder daß er pro herede oder pro possessore besitze, oder daß die fraglichen Objecte erbschaftliche seien und daher dem Anspruche des Erben unterliegen. In jenem Falle muß der Kläger beweisen, daß der Gegner allerdings besitze, genießt dann aber auch den Vortheil, daß der Besitz ohne weiteres auf ihn übertragen wird, ohne erst sein Recht beweisen zu müssen [57]). Besitzt dagegen der Beklagte ohne Hehl Sachen, auf die der Kläger als Erbe Anspruch macht, so kann dieser ihn zur Erklärung darüber auffordern (interrogando in iure), ob er dieselben aus einem besonderen Rechtsgrunde besitze, oder pro herede vel pro possessore, um nach der Antwort seine Klage zu bestimmen [58]). Jedoch ist der Kläger nicht an des Beklagten Antwort gebunden, sondern kann ihn der Unwahrheit überführen, so wie er es auch nicht für Wahrheit anzunehmen braucht, wenn der Prädo pro herede zu besitzen sich den Anschein gibt, um nach den für den Besitzer in gutem Glauben geltenden Bestimmungen beurtheilt zu werden [59]). Jedenfalls aber muß er, wenn es geleugnet wird, auch noch beweisen, daß, was er in Anspruch

56) L. 1. §. 4. D. l. c. Vgl. Donell. l. c. §. 6. 7. Anders erklärt auch diese Stelle Göschen a. a. O. S. 444—446.

57) L. 80. D. de R. V. Vgl. Rudorff, in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. IX. S. 37 flg., S. 54.

58) L. 11. C. h. t.

59) L. 12. D. h. t. Vgl. Vangerow, Pand. II. S. 357.

nimmt, zur Erbschaft wirklich gehöre oder als Surrogat für erbschaftliche Gegenstände zu gewähren sei[60]).

Wichtiger ist der andere Punkt, daß der Kläger wirklich Erbe sei. Zum Beweise dessen gehört vor allem der Beweis des Todes derjenigen Person, deren Erbe der Kläger zu sein behauptet, welcher Beweis aber unter Umständen durch Todeserklärung ersetzt werden kann[61]). Dann kann der Anfall und die Erwerbung der Erbschaft in Frage kommen. Die letzte jedoch nur insofern als sich ergibt, daß die Erbschaft innerhalb einer bestimmten Zeit oder in einer bestimmten Form hätte angetreten sein müssen, und dieses bestritten wird; denn sonst wird durch die Anstellung der Erbschaftsklage selbst der Erwerb der deferirten Erbschaft außer Zweifel gestellt[62]). Vorzüglich also wird nur die Delation der Erbschaft Gegenstand des Beweises sein. Nun kann der Kläger sein Erbrecht 1) auf ein Testament gründen, und zwar a) auf ein öffentliches. Dann wird der Beweis durch Vorlegung der Urkunde geführt oder durch beglaubigte Ausfertigung des obrigkeitlichen Protocolls über Aufnahme oder Deposition und Eröffnung des Testamentes. b) Auf ein schriftliches Privattestament. Hier wird der Beweis ebenfalls durch Production der Testamentsurkunde geführt; es muß aber dabei auch die Aechtheit der Unterschriften, beziehungsweise (bei dem olographen Testamente[63])) der Schrift des Testators selbst, wenn sie bestritten wird, durch Recognition der Testamentszeugen und nach Umständen durch andere Beweismittel, z. B. Schriftvergleichung, andere Zeugen und Urkunden, oder auch wohl Eidesdelation, dargethan werden[64]). Erscheint übrigens das Testament seiner Form nach dem Rechte gemäß und der Beklagte bestreitet dennoch dessen Giltigkeit, z. B. wegen Unfähigkeit des Testators oder eines Zeugen, wegen Uebergehung von Notherben oder Errichtung eines späteren Testamentes u. dgl., so ist es seine Sache, den Grund der Ungiltigkeit zu beweisen[65]). Aber wie, wenn die Urkunde des wirklich errichteten schriftlichen Testamentes verloren gegangen oder zerstört worden ist? Ist ein solcher Zufall nach des Testators Tode eingetreten, so ist kein Zweifel, daß die Existenz und der Inhalt des Testamentes auch durch andere überhaupt genügende Beweismittel dargethan werden könne, wozu aber die genauesten Angaben über die

---

60) Vgl. unten Note 85 flg.

61) Vgl. Glück a. a. O. S. 493—498. Savigny, System II. S. 17 flg.

62) Vgl. Bd. 4, S. 8—11. Puchta, Pand. §. 507.

63) L. 28. §. 1. C. de testament. (6. 23.)

64) Nov. 73. cap. 7. Cf. L. 4—7. D. test. quemadm. aper. (29. 3.)

65) L. 11. C. de probat. (4. 19.) Cf. L. 22. D. eod. (22. 3.) L. 5. C. de codicillis. (6. 36.) Anderer Meinung könnte Glück, a. a. O. S. 509, 510, zu sein scheinen. Aber unmöglich kann er dem Kläger den Beweis der Abwesenheit aller denkbaren Ungiltigkeitsgründe, die etwa der Beklagte vorschützen möchte, aufbürden wollen. Vgl. Weber, von der Beweisführung, Ausg. von Heffter, S. 192, 275 flg., und oben Bd. 2, S. 132. Es ist daher eine auffallende Strenge, wenn das Stadtgericht zu Frankfurt von dem Testamentserben, sogar um nur die Immission zu erlangen, den Beweis fordert, daß keine Notherben vorhanden seien.

äußere Form und Beschaffenheit des Testamentes, wie über dessen Inhalt erforderlich sein werden[66]). Zweifelhafter ist dieß, wenn schon zur Zeit des Todes des Testators das Testament durch Zufall zu Grunde gegangen war, da die Ertheilung der bonorum possessio secundum tabulas ausdrücklich von der Existenz des Testamentes zur Todeszeit abhängig gemacht wird[67]). Allein es scheint dieß nur eine eigenthümliche Bedingung dieser bonorum possessio zu sein, übrigens aber die Geltendmachung des erweislichen Inhaltes eines vor dem Tode des Testators zerstörten Testamentes nicht schlechthin ausgeschlossen, sofern nur nicht eine Willensänderung des Testators aus den Umständen hervorleuchtet[68]). c) Auf ein mündliches Testament. Viele sind hier der Meinung, es könne sowohl der Inhalt als der Act der Errichtung durch die Aussage von zwei Zeugen bewiesen werden[69]), wobei es denn consequent auch nicht darauf ankäme, ob diese Beweiszeugen auch Testamentszeugen waren, aber natürlich auch kein Gegenbeweis durch widersprechende Aussagen anderer Zeugen vorliegen dürfte. Es ist aber einleuchtend, daß auf diese Weise der Zweck der gesetzlichen Vorschrift, welche die Zuziehung mehrerer Zeugen fordert, sehr leicht ganz vereitelt werden könne; die Gesetze selbst gewähren aber auch sonst sprechende Argumente für die Behauptung, daß vielmehr nur durch die eidliche Aussage der zur Errichtung erforderlichen Anzahl von Testamentszeugen der Inhalt des mündlichen Testamentes bewiesen werden könne[70]). Ist jedoch über das mündliche Testament eine Beweis-

---

66) L. 2. 11. C. de testament. (6. 23.)

67) L. 1. §. 3. D. de b. p. s. t. (37. 11.) L. un. D. si tab. test. extab. (37. 2.)

68) L. 1. §. 3. D. de his quae in test. del. (28. 4.): quoniam si totum testamentum non extet, constat valere omnia quae in eo scripta sunt. Vorher ist consulto und inconsulto delere entgegengesetzt, wovon doch nur beim Leben des Testators die Rede sein kann. Vgl. auch L. 10. §. 2. D. test. quemadm. oper. (29. 3.) Göschen a. a. O. S. 120.

69) Vgl. die Allegate bei Glück a. a. O. S. 505, Note 10, und Göschen a. a. O. Der letzte will alle Testamentszeugen, deren man habhaft werden kann, vernommen haben, hält aber im Nothfalle die übereinstimmende Aussage von zweien derselben genügend. Allein wenn man die Testamentszeugen als bloße Solennitätszeugen ansieht und der solenne Act der Testamentserrichtung als Gegenstand einer gewöhnlichen Beweisführung, so muß man consequent auch schon die Aussage von zwei unverdächtigen Beweiszeugen, die nicht einmal Testamentszeugen waren, für genügend halten.

70) L. 32. C. de fideicomm. (6. 42.): Lex etenim ne quid falsitatis incurrat per duos forte testes compositum testamentum, maiorem numerum testium expostulat, ut per ampliores homines perfectissima veritas reveletur. — L. 31. C. de testam. (6. 23.): Sic tamen, ut ipsi testes cognoscent testatoris voluntatem et maxime quem vel quos heredes sibi relinquere voluerit, et hoc post mortem testatoris iurati deponant. So wird verordnet in Betreff des testamentum iure conditum, wenn dabei ein Schreibkundiger für andere schreibensunkundige Zeugen mit unterschrieben hat. Wie viel mehr muß dasselbe bei dem mündlich errichteten Testamente gelten? Vgl. Glück a. a. O. S. 504—508. Puchta, Pand. §. 507, Note k. Thibaut, Pand., 8. Aufl., §. 891. — Sind mehr als die gesetzlich erforderliche Zahl von Zeugen zugezogen worden, so genügt es freilich,

urkunde in gehöriger Art aufgenommen worden (testamentum nuncupativum in scripturam redactum), so kann diese, ähnlich der Urkunde des schriftlichen Testamentes, zum Beweise benutzt werden[71]). Wenn ferner 2) auf einen Erbvertrag das Erbrecht gegründet wird, so ist eben nur die Existenz und der Inhalt dieses Erbvertrages nach dessen gesetzlichen Erfordernissen zu beweisen[72]). Endlich aber kommt noch 3) der Fall in Betracht, wenn der Kläger als gesetzlicher Erbe, ab intestato, die Erbschaft in Anspruch nimmt. Darüber sind die Meinungen ziemlich einig, daß hier der Kläger nicht die Nichtexistenz eines Testamentes zu beweisen brauche[73]). Nur wenn ihm ein anscheinend giltiges Testament entgegengehalten wird, muß er darthun, daß gleichwohl durch dasselbe sein Intestaterbrecht nicht ausgeschlossen werde, sei es, weil das Testament verfälscht und untergeschoben sei, oder weil es von Anfang an nichtig gewesen oder späterhin ungiltig geworden, insbesondere etwa wegen Pflichttheilsverletzung richterlich rescindirt sei oder rescindirt werden müsse[74]). Wie aber beweist der Kläger, die Nichtexistenz eines Testamentes vorausgesetzt, sein Intestaterbrecht? Keine besondere Schwierigkeit hat dieß, wenn er der absolut nächste Intestaterbe ist, ein Descendent des ersten Grades; und auch entferntere Descendenten können leicht zum Ziele kommen, indem sie nur ihre Abstammung vom Erblasser und den Wegfall derjenigen Personen (Eltern, Großeltern), durch welche ihre Verwandtschaft mit jenem vermittelt wird, darzulegen brauchen. Wenn aber der Kläger zu einer anderen Classe von Verwandten gehört, so könnte man den schwierigen Beweis von ihm fordern wollen, daß kein näherer Intestaterbe vorhanden sei[75]), welcher Beweis wohl meistentheils nur durch Edictalladungen indirect erzielt oder ersetzt werden könnte. Die große Mehrzahl der Rechtsgelehrten jedoch hält es zunächst für hinreichend, daß der Kläger nur überhaupt seine Verwandtschaft mit dem Erblasser oder seine Stellung unter den zur Intestaterbfolge im allgemeinen gesetzlich berufenen Personen beweise[76]), so daß erst des Beklagten Anführung

---

wenn nur so viele, als das Gesetz verlangt, ihre übereinstimmende Aussage deponiren; aber es ist nicht wohl zu rechtfertigen, wenn man anstatt der weggefallenen Testamentszeugen andere, die dieses nicht waren, zuläßt, wie Thibaut a. a. O. Vgl. L. 21. §. 2. D. de testament. (28. 1.) Begünstigung verdienen die mündlichen Testamente gewiß nicht.

71) Thibaut a. a. O. Note z. Göschen a. a. O. S. 121. Puchta a. a. O.

72) Vgl. oben Bd. 4, S. 40 flg.

73) Glück a. a. O. S. 510. Göschen a. a. O. S. 416. Linde, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proz. I. S. 161 flg. und oben Bd. 2, S. 135. Für das römische Recht ist zwar anderer Meinung Bethmann-Hollweg, Versuch S. 362 flg., aber ohne diese Meinung auch für das heutige Recht geltend zu machen.

74) Vgl. Note 65. L. 5. §. 1. L. 6. D. h. t. Wenn die h. p. sich auf eine noch erst zu erweisende Nullität oder Rescissibilität eines Testamentes gründet, so nennt man sie insbesondere qualificirte Erbschaftsklage.

75) S. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 363.

76) Glück a. a. O. S. 510—512 und die in Note 87 daselbst allegirten Schriftsteller, Thibaut a. a. O. §. 891. Wening-Ingenheim V.

anderer näherer oder gleich naher Erben ihn (ganz oder theilweise) zurücktreibe oder zu dem weiteren Beweise nöthige, daß diese ihm dennoch nicht im Wege stehen[77]). Und diese Meinung erscheint auch der Natur der Sache wohl gemäß, wenn man bedenkt, daß das neuere Recht unbedingt eine successio graduum et ordinum anerkennt, kraft deren der entfernteste zur Erbfolge gelangen kann, wenn auch nähere vorhanden waren; es ist dadurch allen Verwandten ein successiver oder eventueller Anspruch auf die Erbschaft beigelegt, welcher mit Wahrscheinlichkeit für wirklich begründet gehalten werden kann, wenn kein Näherer sich meldet und der jedenfalls unberechtigte Beklagte auch nicht einmal einen anzugeben weiß. Wenn man übrigens gewöhnlich sagt, wofern der Beklagte auch Verwandter des Erblassers sei, so müsse der Kläger auch seine nähere Verwandtschaft beweisen, so ist mit Recht dagegen bemerkt worden: dem Beklagten liege jedenfalls zunächst ob, sein Verwandtschaftsverhältniß zu beweisen, und da nun hierbei eben so wie bei dem Beweise des Klägers sich zugleich der Grad der beiderseitigen Verwandtschaft herausstellen werde, so bedürfe es dann darüber, welche von beiden Parteien nun der nächste Erbe sei, nur der richterlichen Beurtheilung[78]).

Bei der h. p. partiaria muß der Kläger insbesondere auch den Theil, zu welchem er Erbe zu sein behauptet, angeben und darauf seinen Beweis richten. Es kann aber bei der Gewißheit des Erbrechtes doch die Größe des Erbtheiles zur Zeit noch unbestimmt sein, entweder weil andere Mitberufene über Annahme oder Ablehnung der Erbschaft sich noch nicht erklärt haben, oder weil es in Frage steht, ob nicht zur Zeit noch ungeborene Personen und wie viele Miterben sein werden. Im ersten Falle kann der Theilerbe nur auf denjenigen Theil der Erbschaft, der ihm jetzt schon sicher ist, seine Klage richten, und den durch Ablehnung der Mitberufenen anwachsenden Erbtheil später besonders einklagen[79]); im anderen Falle wird angenommen, es werde wohl eine Schwangere höchstens drei Kinder gebären, und darnach der Erbtheil berechnet, der dem lebenden Miterben jetzt schon sicher sei und daher auch jetzt schon, wie im ersten Falle, eingeklagt werden könne; wenn dann aber dennoch mehr geboren werden, so muß jener freilich eine Minderung des erstrittenen Erbtheiles erleiden, so wie er auch, wenn weniger oder gar keine erbfähigen

---

§. 192. Göschen a. a. O. S. 417. Linde a. a. O. S. 163—166. Heffter a. a. O. S. 283 und oben Bd. 2, S. 135.

77) Unrichtig scheint es uns, wenn Linde die Entgegnung des Beklagten, es sei ein anderer näherer Erbe da, als exceptio de iure tertii für unwirksam erklärt. Sie ist Verneinung des Erbrechtes des Klägers oder Versuch des Gegenbeweises gegen den durch den Beweis seiner Verwandtschaft vom Kläger versuchten Beweis seines Erbrechtes und diesen Gegenbeweis muß der Kläger wieder durch die Nachweisung entkräften, daß jene nähere Verwandte etwa als erbunfähige oder weil sie die Erbschaft nicht wollen, ihm nicht entgegenstehen. Arg. L. 2. D. si pars her. pet. (5. 4.) (Note 79.)

78) Göschen a. a. O.

79) L. 2. D. si pars her. pet. Vgl. Glück a. a. O. VIII. S. 10, Note 19.

Kindes geboren werden, sein umfassenderes Erbrecht immer noch geltend machen kann[80]). Unbedingt ist jedoch der angegebene Ausweg nur dann zu benutzen, wenn der klagende Miterbe nur die Concurrenz ungeborener Kinder von einer Mutter, z. B. der Wittwe des Erblassers, zu befürchten hat. Ist die Geburt mehrerer jetzt schwangerer Frauen abzuwarten, so wird es dem Ermessen des Richters überlassen, zu bestimmen, welcher Erbtheil dem Kläger jetzt schon als gesicherter zuzuerkennen sei; es soll nicht auf den ganz außerordentlichen Fall gerechnet werden, daß gerade alle jene Schwangere Drillinge gebären werden[81]).

Hat der Kläger sein Erbrecht bewiesen, so muß ihm dasselbe durch den Richter zuerkannt werden, und darin liegt die Entscheidung des Cardinalpunktes des ganzen Rechtsstreites.. Nach römischem Rechte würde dieses Urtheil (hereditatem actoris esse, totam vel pro parte), wie es auch zweckmäßig scheint, vorerst für sich ausgesprochen, und dadurch war die exceptio rei iudicatae gegen fernere Bestreitung des Erbrechtes von Seiten derselben Partei begründet[82]). Sofern nun aber der Beklagte hierauf nicht freiwillig den Kläger wegen seiner Ansprüche zufrieden stellt, entsteht weiter die Frage, welche Leistungen jenem nunmehr aufzulegen sind? was nach älterem Rechte, wie bei anderen arbitrariae actiones, vorerst durch einen richterlichen Restitutionsbefehl bestimmt wurde, auf welchen dann eine eigentliche Condemnation in Geld folgen konnte, während das neuere Recht dieses nicht mehr so genau scheidet[83]).

Der Inhalt und Umfang dieser Leistungen des Beklagten läßt sich theils schon nach der Natur des Streitgegenstandes ermessen, theils ist er gemäß einer Oration Hadrian's im J. 129 nach Chr. durch einen Senatsbeschluß näher bestimmt worden, den man verkehrter Weise senatus consultum Juventianum genannt hat, weil im Eingange der als Jurist berühmte Juventius Celsus als einer der ordentlichen Consuln des Jahres erwähnt wird, während doch Andere, als consules suffecti, ohne Zweifel den Vorsitz im Senate hatten. Dieser Senatsbeschluß, dessen wesentlicher

80) L. 3. 4. D. l. c. L. 28. §. 5. D. de iud. (5. 1.) Cf. L. 7. pr. D. de reb. dub. (34. 5.)

81) So erklärt sich L. 1. §. 5. D. si pars her. pet., wo der Plural uxores defunctorum fratrum praegnantes nicht zu übersehen ist. Viele wollen L. 3. cit. nur auf den Fall beziehen, wenn der Erblasser selbst eine schwangere Wittwe hinterlassen hat. Voet ad h. t. §. 3. Westenberg, principia ad h. t. §. 5. 6. Glück a. a. O. S. 8, 9. Thibaut, Pand. §. 889. Andere wollen in allen Fällen auf jede schwangere Wittwe drei Erbtheile vorbehalten, also wenn zufällig die Wittwen von vier Brüdern schwanger wären, nicht weniger als zwölf, gegen die klare Bestimmung der L. 1. §. 3. cit. Hofacker, principia §. 1674. Göschen a. a. O. S. 448 (?).

82) L. 9. pr. L. 15. D. de except. rei iud. (44. 2.) L. 57. D. h. t.: quum secundum alterum iudicatum est, quaeri solet, utrum — — — restitui debeat. L. 20. §. 6. ibid.: Si adversus eos iudicatum esset. L. 5. C. h. t. §. 2. J. de off. iud. (4. 17.) Cf. L. 15. C. de sentt. (7. 45.) (restituta).

83) §. 31. J. de action. (4. 6.) L. 57. D. h. t. L. 68. D. de R. V. Savigny, System V. S. 119, 145 flg.

Inhalt uns mit authentischen Worten in L. 20. §. 6. D. h. t. erhalten ist, betraf zwar zunächst nur Erbschaften, die dem Aerarium oder dem Fiscus zugefallen, ist aber dann, von den Juristen gründlich commentirt, auf jede h. p. ausgedehnt worden[84]).

Vorerst nun muß hiernach der Beklagte alle erwiesener Maßen gegenwärtig zur Erbschaft gehörenden Sachen, die er in Händen hat, herausgeben und wird dazu auf Erfordern durch directen Zwang angehalten[85]), sie mögen schon bei Lebzeiten des Erblassers zu dessen Vermögen gehört haben oder erst später hinzugekommen sein, wie die Erzeugnisse und andere Accessionen der Erbschaftssachen, Erwerbungen durch Sclaven der Erbschaft u. dgl.[86]), sie mögen ferner bis zum Tode des Erblassers in dessen Besitz geblieben sein oder nicht[87]), und der Beklagte mag sie vom Anfang des Prozesses an besessen haben oder erst später in deren Besitz gekommen sein[88]). Und nicht blos diejenigen Sachen, deren Eigenthum wirklich zur Erbschaft gehört, muß er restituiren, sondern auch diejenigen, wegen deren für den Erblasser und jetzt für den Erben die Publiciana actio begründet wäre, ja, überhaupt alle, deren Besitz der Erblasser bis zum Tode gehabt, dann aber der Beklagte nur als vermeintlicher Erbe oder aus bloßer Willkür an sich gerissen hatte[89]); ja auch solche, die der Verstorbene nur detinirte, insofern sich daran ein rechtliches Interesse anknüpft, es sei wegen eines Retentionsrechtes oder wegen der auf den Erben übergehenden Restitutionsverbindlichkeit gegen einen Dritten, wie bei geliehenen, verpfändeten oder in Verwahrung gegebenen Sachen[90]). Aber selbst auch solche Sachen sollen als zur Erbmasse gehörende restituirt werden, welche durch den Besitzer für die Erbschaft angeschafft worden, nicht nur wenn dieses mit erbschaftlichem Gelde geschehen ist (ubi res succedit in locum pretii), sondern auch wenn mit eigenem Gelde des Beklagten, jedoch natürlich gegen Ersatz des Preises, während dagegen die zwar mit erbschaftlichem Gelde, aber nicht für die Erbschaft, sondern in anderweitigem Interesse angeschaffte Sache nicht hierher gehört[91]). Ferner muß der Beklagte Alles erstatten, was er als Verwalter erb-

---

84) L. 20. §. 7—10. D. h. t. L. 1. C. h. t. Vgl. Fabricius a. a. O. S. 180 flg. Arndts a. a. O. S. 62—67.

85) L. 68. D. de R. V.: manu militari. Vgl. Bethmann-Hollweg, Handb. des Proz. I. S. 330, 388. Es ist kein Grund einzusehen, warum Buchholtz, a. a. O. S. 21, dieses bezweifelt; in dem arbitrium iudicis mußten ja die zu restituirenden Sachen speciell bezeichnet sein, und es konnte also darin die Eigenschaft der actio de universitate keinen Unterschied machen, um so weniger, da auch bei der rei vindicatio die Restitution mehrerer Sachen auferlegt werden konnte. L. 17. §. 1. L. 20. D. l. c. Vgl. auch L. 68. cit. in fine: haec sententia generalis est, et ad omnia sive interdicta sive actiones in rem — — — locum habet.

86) L. 18. §. 2. L. 20. §. 3. Cf. L. 25. §. 20. — L. 29. 32. D. h. t.

87) Vgl. oben Note 31.

88) L. 4. 41. pr. D. h. t.

89) Vgl. oben Note 30.

90) L. 19. pr. §. 2. D. h. t.

91) L. 20. pr. §. 1. Cf. L. 25. §. 1. D. h. t.

schaftlichen Vermögens eingenommen oder genommen und noch im Besitze hat, namentlich was er von Schuldnern der Erbschaft als Zahlung empfangen[92]), auch den Betrag der Privatstrafen, die ihm in Betreff von Erbschaftssachen zugeflossen, sofern diese nicht vielmehr als Vergeltung für eine persönliche Verletzung des Besitzers erscheinen[93]), und ebenso auch dasjenige, was der Beklagte selbst als Schuldner der Erbschaft zu zahlen hätte und gewissermaßen von sich selbst empfangen zu haben scheint[94]). Und endlich müssen auch die in Bezug auf die Erbschaft und aus Veranlassung derselben erworbenen Forderungen gegen andere Personen abgetreten werden[95]). Alles dieses bildet gegenwärtig die objective Erbmasse, so weit sie der Beklagte in Händen hat.

Im übrigen bestimmt sich das Maß der dem Beklagten aufzulegenden Leistungen vorzüglich darnach, ob derselbe Besitzer in gutem oder in bösem Glauben ist. Bonae fidei possessor ist im Erbschaftsstreite derjenige, welcher in der Meinung, Erbe oder dem Erben gleich berechtigt (heredis loco) zu sein, Etwas besitzt, wenn auch etwa seine Meinung auf einem Rechtsirrthume beruht. Malae fidei possessor dagegen ist derjenige, welcher entweder vom Anfang an, ohne sich dazu berechtigt zu glauben, den Besitz von Nachlaßgegenständen sich anmaßte, oder späterhin von seinem Unrecht überzeugt dennoch mala fide im Besitze verharrte; der erste heißt insbesondere praedo im eigentlichen Sinne, der letzte aber ist von dem Zeitpunkte der Erkenntniß seines Unrechtes an diesem gleich zu achten und wird daher auch oft darunter mitverstanden[96]). Als leitender Grundsatz kann nun vorangestellt werden: Der Besitzer in gutem Glauben soll von dem Erbschaftsbesitze, den er als vermeintlicher Erbe sich beigelegt, keinen bleibenden Vermögensvortheil dem Erben gegenüber behaupten, aber doch auch nicht in Folge dessen einen positiven Schaden an seinem eigenen Vermögen erleiden; er soll daher dem Erben in so weit, aber auch nicht weiter, als er durch den Besitz der Erbschaft sich bereichert findet, zur Restitution verbindlich sein; der unredliche Beklagte dagegen soll dem Kläger nicht nur allen Gewinn herausgeben, sondern Alles ersetzen, was dieser haben könnte, wenn ihm nicht durch den Beklagten das erbschaftliche Vermögen unredlicher Weise wäre vorenthalten worden[97]). Demnach muß

1) der unredliche Besitzer für alle wirklich gezogenen und consumirten, ja auch für die vernachlässigten Früchte derjenigen Sachen, die er

---

92) L. 25. §. 17. in f. u. §. 18. L. 31. §. 5. D. h. t., nicht auch indebita, L. 20. §. 18. D. h. t.

93) L. 23. §. 1. — L. 25. pr. L. 55. D. h. t.

94) Vgl. oben Note 20, 25. L. 20. §. 4. 5. D. h. t.

95) L. 16. §. 4. 5. L. 40. §. 2. D. h. t. Servituten, die mit einem erbschaftlichen Grundstücke verbunden sind, bilden keinen Gegenstand der Restitution. L. 19. §. 3. D. h. t. Glück a. a. O. S. 538—541.

96) L. 20. §. 11—13. L. 25. §. 3—6. D. h. t. Wer mala fide die Erbschaft an sich kaufte, ist zwar nicht Prädo im eigentlichen Sinne; nemo enim praedo est, qui pretium numeravit; aber er ist doch malae fidei possessor von Anfang an. Vgl. Note 36.

97) L. 20. §. 6. L. 25. §. 2. 11. L. 28. D. h. t.

mala fide besessen, von der Zeit an, als er zuerst in mala fide war, Ersatz leisten[98]). Sind Sachen der Erbschaft, die er besaß, zu Grunde gegangen oder verschlechtert, so haftet er für jedes Versehen in dieser Beziehung und muß den ganzen Betrag des Schadens nach dem wahren Werthe der Sachen und der Früchte, die daraus gezogen werden konnten, erstatten[99]); ja auch für den Zufall muß er einstehen, insofern dieser die Sache bei dem Kläger nicht betroffen oder doch wenigstens für diesen die nachtheilige Folge desselben durch zeitige Veräußerung hätte abgewendet werden können[100]). Hat er erbschaftliche Gelder oder eingezogene Capitalien verzehrt oder in seinen Nutzen verwendet, so muß er diese nach ihrem vollen Betrage mit Zinsen ersetzen[101]); nicht aber haftet er auch für vernachlässigte Zinsen von solchem erbschaftlichen Gelde, das er unbenutzt liegen ließ und nur auf seine Gefahr hätte verzinslich anlegen können[102]), ausgenommen von der Zeit an, da er auf die Forderung des Klägers die Herausgabe doch verweigerte[103]). Auch dafür kann der Beklagte nicht verantwortlich gemacht werden, wenn Forderungen der Erbschaft etwa durch Verjährung erloschen oder durch Verarmung der Schuldner in ihrem Werthe gemindert worden sind; den Kläger als wah-

---

98) L. 25. §. 4. L. 40. §. 1. L. 56. D. h. t. §. 2. J. de off. iud. (4. 17.)

99) L. 25. §. 2. L. 31. §. 3. L. 54. §. 2. D. h. t.

100) L. 20. §. 21. Cf. L. 36. §. 3. L. 40. pr. D. h. t. Vgl. Mayer, Erbr. I. §. 132, Note 3. Mühlenbruch, Lehrb. §. 715, Note 4. Viele beschränken diese Haftung des Prädo für den Zufall auf die Zeit nach der Litiscontestation oder nach erhobenem Prozeß. Wening-Ingenheim V. §. 195. Göschen a. a. O. S. 421. Puchta, Pand. §. 508. Fabricius a. a. O. S. 185. Dollmann, in Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung VI. S. 347 u. ff. Aber L. 20. §. 21. cit., im Zusammenhange mit §. 17. ibid. aufgefaßt, spricht dagegen. Andere machen einen Unterschied zwischen dem eigentlichen Prädo und einem anderen malae fidei possessor. Jener soll unbedingt von Anfang an den Zufall tragen (arg. L. 7. in f. D. de cond. furt. [13. 1.] L. 1. §. 34. L. 19. D. de vi. [43. 16.]), dieser nur, insofern der Zufall bei dem Kläger die Sache nicht betroffen haben würde, was dieser zu beweisen habe. Glück a. a. O. S. 557 et ibi citt. Aber daß der Kläger durch zeitige Veräußerung den Schaden hätte vermeiden können, wird in der Regel vermuthet, und nicht gefragt, ob er dieß wirklich gethan haben würde (distraxisset et verum rei pretium non perderet, vgl. L. 40. cit.: potuit petitor distraxisse ea) — Buchholtz a. a. O. S. 12; und es ist um so weniger gestattet, dieses mit Rücksicht auf L. 15. §. 3. D. de R. V. blos hypothetisch zu verstehen (vgl. Dollmann a. a. O.) und darüber dem Kläger noch den Beweis aufzubürden, als man dieses selbst bei L. 15. §. 3. cit. mit gutem Grunde bezweifeln kann. Vgl. auch L. 47. §. 6. D. de legat. I.

101) Arg. L. 25. §. 3. L. 51. §. 1. in f. D. h. t. L. 1. C. h. t.

102) L. 20. §. 14. D. h. t. Cf. L. 62. pr. D. de R. V. (6. 1.) Mit Unrecht behauptet Thibaut, a. a. O. §. 893, Note m, er brauche auch keine Zinsen zu vergüten, wenn er erbschaftliche Gelder verzinslich angelegt habe, der Kläger aber nicht die Gefahr des Kapitales übernehmen wolle. L. 20. §. 14. beweist das Gegentheil (argumento a contrario), L. 30. D. h. t. aber spricht nur vom bonae fidei possessor.

103) Arg. L. 40. pr. D. h. t. Cf. L. 20. §. 11. 12. D. h. t.

ren Erben hinderte ja nichts, die Schuldner der Erbschaft selbst zu belangen, und der Beklagte als unberechtigter konnte nicht einmal wirksam gegen sie klagen und die Verjährung nicht unterbrechen[104]). Dagegen wird noch eine vorzüglich bedeutende Ersatzverbindlichkeit durch Veräußerungen von Erbschaftssachen begründet. Hat der unredliche Besitzer solche aus Nothwendigkeit, d. i. im wahren Interesse der Verwaltung des erbschaftlichen Vermögens, vorgenommen, so muß er dem Kläger den wirklich empfangenen Preis, sollte dieser auch den wahren Werth übersteigen, in Rechnung bringen[105]) (pretium succedit in locum rei), und mindestens für Ersatz des wahren Werthes haften, wenn er auch bei der Veräußerung der Sache durch seine Schuld diesen nicht erreicht hat[106]). Wenn er aber ohne solchen Anlaß, nur in eigenem Interesse und darum, da er sein Unrecht kannte, böslicher Weise Sachen veräußert hat, wenn er überhaupt irgendwie dolo malo den Besitz aufgegeben oder auch nur denselben in gleicher Gesinnung absichtlich nicht erworben hat, wo er sich ihm darbot, so kann der Kläger die Restitution der Sachen selbst mit allen ihren Accessionen verlangen, und sofern der Beklagte nicht im Stande ist, dieselbe zu gewähren, die Größe des Ersatzes durch den Schätzungseid bestimmen; er kann aber auch nach seiner Wahl den vom Beklagten eingenommenen Preis mit Zinsen in Anspruch nehmen, und wenn die Sachen selbst durch Zufall zu Grunde gegangen sind, jedenfalls doch Ersatz des wahren oder des wirklich empfangenen höheren Preises mit Zinsen verlangen[107]).

2) Der redliche Besitzer braucht nur die noch bei ihm vorhandenen Früchte zu restituiren; wegen verzehrter Früchte aber, wegen erhobener Zinsen, wegen ausgegebener Gelder, wegen eingezogener Forderungen und wegen jeder Art von Veräußerung aus der Erbschaft kann er immer nur in so weit, als er dadurch jetzt noch bereichert ist, in Anspruch genommen werden[108]), und er haftet auch nicht wegen irgend einer Art von Zerstörung oder Verschlechterung der Erbschaftssachen, als welche er für die seinigen angesehen hat[109]). Hat er also auf Kosten der Erbschaft etwas verschenkt oder verschwendet, so ist er zu keinem Ersatze verbunden, er möchte denn etwa Gegengeschenke erhalten haben, die als eine mittelbare durch die verschenkten Erbschaftssachen gewonnene Bereicherung anzusehen sind[110]). Wenn er aber mit Ersparung seines eigenen Vermögens aus der Erbschaft die Kosten seines Lebensunterhaltes bestritten

104) L. 31. §. 4. Cf. L. 25. §. 2. D. h. t.
105) L. 20. §. 2. 12. 21. L. 33. §. 1. Cf. L. 53. D. h. t.
106) Vgl. Note 99.
107) L. 20. §. 21. L. 25. §. 8. 10. L. 33. §. 1. L. 36. §. 3. D. h. t.
108) L. 25. §. 11. L. 28. 40. §. 1. D. h. t. — L. 1. §. 1. C. h. t. Wer als Käufer der Erbschaft belangt ist, braucht auch die durch die consumirten Früchte gewonnene Bereicherung nicht zu erstatten. L. 2. C. h. t.
109) L. 25. §. 11. L. 31. §. 3. D. h. t.
110) L. 25. §. 11. cit. verb.: nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur etc.

hat, so liegt eben darin wieder eine Bereicherung für ihn, die er erstatten muß, wobei nur zu berücksichtigen ist, ob er etwa im Vertrauen auf die ihm vermeintlich gehörende Erbschaft mehr ausgegeben habe, als er sonst zu thun pflegte (lautius vixit), während er keineswegs von den noch in seinen Händen befindlichen Erbschaftsgegenständen blos aus dem Grunde dem Erben etwas vorenthalten kann, weil er in der falschen Meinung, so viel reicher zu sein, sein eigenes Vermögen durch Ausgaben und Schuldenmachen stärker angegriffen hatte, als er sonst gethan haben würde[111]. Im Falle oneroser Veräußerungen muß er die empfangene Gegenleistung, so weit er durch sie noch bereichert ist, erstatten, also von verkauften Sachen den wirklich empfangenen Kaufpreis nebst den daraus gewonnenen Zinsen, so weit nicht beides wieder ohne bleibenden Nutzen verzehrt ist[112]; hat er aber noch Forderungen auf versprochene Gegenleistungen, so braucht er nur die betreffenden Klagen abzutreten, gegen Sicherstellung wegen der seinerseits eingegangenen Verbindlichkeiten[113]. Und wenn er nun die verkaufte Sache selbst später wieder erlangt hat, und so zugleich die Sache und den früheren Preis besitzt, so muß er nebst der Sache auch den ihm als Bereicherung verbliebenen etwaigen Ueberschuß dieses Preises herausgeben[114]. Hat endlich der redliche Besitzer erbschaftliche Gelder zu Capital ausgegeben, so braucht er ebenfalls nur die betreffenden Forderungsklagen abzutreten, anstatt das Geld selbst zurückzuerstatten[115], wegen versäumter Geltendmachung von Rechtsansprüchen der Erbschaft kann er schon deßhalb nie verantwortlich gemacht werden, weil ihm dadurch keine Bereicherung zu Theil geworden ist[116].

So ist also die Lage des redlichen Besitzers ungleich günstiger als die des unredlichen, und mit Recht. Aber — post litem contestatam, so lautet eine andere Regel, quin imo post motam controversiam omnes incipiunt malae fidei possessores esse[117]. Vom Beginne des Prozesses an muß also auch des bisher redlichen Besitzers Restitutionsverbindlichkeit einen weiteren Umfang annehmen. Dieß versteht sich ganz von selbst, wenn er, etwa durch die vom Kläger vorgebrachten Beweise überzeugt, von vorn herein eingesehen hat und hat einsehen müssen, daß er im Unrecht sei, dennoch aber es auf den Prozeß ankommen ließ; denn von da an ist er wirklich und wahrhaft malae fidei possessor geworden[118]. Aber wenn dieß auch nicht der Fall war, wie es keines-

---

111) L. 25. §. 12—16. l. c. Hielt sich der Theilerbe für den einzigen Erben und verzehrte einen Theil der Erbschaft, so ist nach Verhältniß der Erbtheile als Verzehr des eigenen und des fremden Erbtheiles anzusehen. L. 25. §. 15. cit.

112) L. 20. §. 17—20. L. 23. D. h. t.

113) L. 20. §. 17. in f. L. 16. §. 5. D. h. t.

114) L. 22. D. h. t.

115) L. 30. D. h. t.

116) Vgl. Note 104.

117) L. 25. §. 7. D. h. t. Cf. L. 20. §. 11. L. 31. §. 3. D. h. t.: postea vero et ipse (b. f. possessor) praedo est. Vgl. Glück a. a. O. S. 546—553.

118) L. 25. §. 5. D. h. t. Dollmann a. a. O. S. 348.

wegs nothwendig der Fall ist, so tritt dennoch jene Veränderung in der Lage des Beklagten ein. Durch die Litiscontestation wird nämlich der Beklagte dem Kläger eigentlich obligirt. Von nun an muß daher auch der in redlicher Meinung besitzende Beklagte, den möglichen Fall bedenkend, daß der Kläger den Prozeß gewinne, den einem verständigen Manne geziemenden Fleiß auf die Streitgegenstände verwenden, für die nachtheiligen Folgen seiner Vergehen und seiner Nachlässigkeit haften und alle Früchte, die nach dieser Zeit gewonnen wurden oder durch Anwendung des gehörigen Fleißes gewonnen werden könnten, und desgleichen dann auch Zinsen von dem zu restituirenden Gelde, herausgeben oder ersetzen[119]). In Rücksicht dieser Verpflichtungen des Beklagten soll aber noch auf den früheren Zeitpunkt zurückgegangen werden, als zuerst der Kläger sein Erbrecht gegen den Besitzer ernstlich geltend machte[120]), und auch dieses scheint durch die Natur der Sache vollkommen gerechtfertigt, indem der Beklagte schon von da an, wenn gleich er nicht sofort von dem Rechte des Gegners überzeugt wurde, doch nicht mehr mit vollkommener Sicherheit auf sein Recht vertrauen darf, und, wenn er nachher den Prozeß verliert, füglich schon von jenem Zeitpunkte an als unredlich angesehen werden kann, insofern er nicht redlich darauf bedacht war, den Streitgegenstand in seiner Integrität zu erhalten[121]). Indessen wäre es keineswegs gerecht, ihn nunmehr einem wirklich unredlichen Besitzer völlig gleichzustellen, wenn er doch noch mit gutem Grunde das Vertrauen festhielt, daß er und nicht der Kläger siegen werde, und es ist denn auch die obige Regel (Note 117) nicht streng buchstäblich zu verstehen. Nur in Ansehung der Prästation der Culpa, in Ansehung der Verbindlichkeit zur Restitution der Früchte, und insbesondere in Betreff der Ersatzverbindlichkeit wegen der später erst vorgenommenen freiwilligen Veräußerungen aus der Erbmasse, so wie in Ansehung der Verpflichtung zur Verzinsung der aus früheren Veräußerungen gewonnenen Kaufpreise, ist er jetzt dem unredlichen Besitzer gleich zu beurtheilen[122]); Veräußerungen

---

119) L. 20. §. 6. 11. L. 31. §. 3. D. h. t. L. 1. C. h. t. §. 2. J. de off. iud. (4. 17.) Cf. L. 22. C. de R. V. L. 62. §. 1. D. de R. V. L. 4. §. 2. D. fin. reg. (10. 1.)

120) L. 20. §. 6. cit. in f.: quo primum scierit quisque a se peti, id est cum primum aut denuntiatum esset ei aut litteris vel edicto evocatus esset. (Ueber die denuntiatio vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 249 flg.) L. 20. §. 11. L. 25. §. 7. ibid.: quamquam enim litis contestatae mentio fiat in Scto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt et quasi praedones tenentur.

121) L. 20. §. 11. cit.: ex quo quis scit a se peti, incipit esse malae fidei possessor. L. 25. §. 7. cit.: coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur. — Er fängt an es zu wissen, das heißt nicht: er hat jetzt schon die volle Ueberzeugung davon; aber wenn ihm nachher der Verlauf des Prozesses die Ueberzeugung von seinem Unrechte aufdrängt, so kann man den Beginn dieser Aenderung seiner Meinung auf den Zeitpunkt der Streitankündigung zurückführen.

122) Nur auf diese beiden letzten Wirkungen will die Gleichstellung Dollmann einschränken, in den Blättern für Rechtsanwendung VI. S. 355—362. Er betrachtet die allgemeinen Aussprüche in L. 20. §. 11., L. 25. §. 7. cit.

namentlich soll der Besitzer nach Beginn des Prozesses nicht anders mehr sich erlauben, als wenn er zuvor den Kläger durch Caution gegen möglichen Nachtheil sicher stellt, oder der Richter sie im Interesse der Erbschaft gestattet[123]). Dagegen braucht der redliche Besitzer auch jetzt noch nicht, wie der malae fidei possessor, den Zufall zu tragen; es wäre unbillig, ihn für zufällige Zerstörung und Verschlechterung der Streitgegenstände verantwortlich zu machen, weil er nicht sofort ohne Vertheidigung seines vermeintlichen Rechtes den unbewiesenen Anspruch des Klägers einräumen wollte[124]). Daher soll es auch nach dem Zeitpunkte des Urtheils über das Erbrecht ermessen werden, inwiefern der Beklagte für reicher zu halten sei; die bis dahin durch Zufall bewirkte, nicht durch Versehen des Beklagten verschuldete, Minderung der Vortheile, die er zu Anfange des Prozesses noch besaß, soll ihm nicht zur Last fallen[125]).

Nach dem Umfange der Restitutionsverbindlichkeit des Beklagten

---

nur als Versuch theoretischer Rechtfertigung der dort vorkommenden speciellen Entscheidungen. Aber diese Beschränkung scheint uns nicht nur den Worten, sondern auch dem Geiste dieser Aussprüche zuwider zu sein. Es ist unzulässig, in L. 25. §. 7. cit. in den Worten: tamen et p. m. c. (Note 120) das et zu erklären: in gewissen, manchen Beziehungen; es heißt nichts anders, als: doch auch schon p. m. c. Es ist ferner unbefugt, in L. 31. §. 3. D. h. t. die Worte ante petitam hereditatem auf die Litiscontestation zu deuten, da Ulpian sonst in demselben Buche, woraus L. 31. cit. entnommen ist, zwischen petita hereditas und lis contestata nach dem Vorgange des SC. deutlich unterscheidet (L. 20. §. 6. 11. 16. D. h. t.); und so beweist L. 31. cit. allerdings, daß auch in Betreff der praestatio culpae der bonae fidei possessor schon von Erhebung der Klage an dem Prädo gleich beurtheilt wird. Vgl. auch L. 4. §. 2. in f. D. si cui plus. (35. 3.) Dann aber wäre es offenbar inconsequent, nicht auch in Ansehung der Restitution der Früchte dasselbe anzunehmen, bei denen es ja auch eigentlich nur auf Prästation der Culpa ankommt, und um so inconsequenter, da die unzweifelhaft zu prästirenden Zinsen eingenommenen Kaufpreise auch nur eine Art von Früchten sind. Daß L. 1. §. 1. C. h. t. dieser Annahme nicht entgegensteht, beweist Dollmann selbst S. 357, Note 39. Aber auch L. 2. ibid. steht nicht entgegen, weil sie speciell nur den Käufer der Erbschaft im Auge hat, der singularum rerum iure conveniter (Note 108). Uebrigens ist es an sich vollkommen begreiflich, daß die römische Jurisprudenz den Anhaltepunkt, welchen ihr das SC. bot, gern benutzte, um in der fraglichen Beziehung den ohnehin mehr formellen Gesichtspunkt der Litiscontestation zu verlassen und den Gesichtspunkt einer Verpflichtung, welche durch die Bekanntschaft mit dem ernstlich erhobenen Rechtsanspruche des Anderen begründet werde, geltend zu machen.

123) L. 5. pr. L. 53. Cf. L. 20. §. 16. D. h. t.

124) L. 40. pr. D. h. t.: Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare aut propter metum huius periculi indefensum ius suum relinquere. Eine unzweifelhaft falsche Erklärung dieser Stelle deutet Fritz an in der 5. Ausg. von Wening-Ingenheim's Civilrecht V. §. 195, Note h. Vgl. Basilic. lib. 42. tit. 1. cap. 40. et Scholia ad h. l. (Ausg. von Fabrot vol. V. p. 559. 633. 34.). Vangerow, Pand. II. §. 506 a. E.

125) L. 36. §. 4. D. h. t. Kühn aber gleichwohl verkehrt urtheilt darüber Donell. XIX. cap. 14. §. 38.: ut fatendum sit omnino aut vitium hic scripturae esse aut Paulo aut Triboniano in relatione huius sententiae somnum obrepsisse. S. dagegen Bynkershoek, obs. lib. VIII. cap. 12.

richtet es sich nun auch, inwiefern der Kläger seine Ansprüche noch etwa gegen diejenigen verfolgen könne, welche von jenem den Besitz von Erbschaftssachen erhalten oder als Schuldner der Erbschaft an denselben Zahlung geleistet haben. Gegen die ersten ist an sich immer die Eigenthumsklage für den Erben begründet, wenn nicht vielleicht durch Ersetzung das Eigenthum der Erbschaft entzogen worden ist[126]). Es würde jedoch unbillig sein, die Herausgabe der Sache noch zu fordern, nachdem der Erbe durch die Restitution des Erbschaftsbeklagten den von diesem eingenommenen Preis schon erhalten hatte, und aus diesem Grunde kann daher der Eigenthumsklage eine Einrede entgegengesetzt werden[127]). Aber wenn dieß auch nicht der Fall war, weil der redliche Besitzer sich durch die Veräußerung nicht bereichert fand, so kann der Erbe doch nur dann mit voller Wirkung gegen den dritten Besitzer klagen, wenn die Eviction der Sache keinen Regreßanspruch gegen den veräußernden redlichen Besitzer zur Folge hat. Denn sonst würde der letzte durch die Klage des Erben indirect mehr zu leisten genöthigt, als er sich bereichert fand. Daher kann in solchem Falle auch schon vor erhobenem Erbschaftsstreite die Eigenthumsklage durch Einrede ausgeschlossen werden, mit Rücksicht darauf, daß durch dieselbe dem künftigen Erbschaftsbeklagten, dem ja der Besitzer litem denuntiiren müßte, präjudicirt werden könnte[128]). Wenn dagegen ein unredlicher Besitzer, oder der redliche nach Beginn des Prozesses, die Sache veräußert hatte, so steht der Eigenthumsklage eine solche Hinderung nicht im Wege; vielmehr ist sie hier selbst dann noch zulässig, wenn der Erbe von dem Beklagten, welcher böslicher Weise sich des Besitzes entäußert hatte, bereits vollen Ersatz erhalten hat[129]).

---

126) L. 21. D. h. t. L. 25. §. 17. ibid.: an singulas res, si nondum usucaptae sunt, vindicare possit.

127) L. 25. §. 17. D. h. t.: Certe si minori pretio res venierit et pretium quodcunque illud actor sit consecutus, multo magis poterit dici, exceptione eum summoveri.

128) L. 25. §. 17. cit.: Et puto posse res vindicari, nisi emtores regressum ad bonae fidei possessorem habent. Haloander hat statt nisi die Variante licet bemerkt, und Faber, weidlich scheltend auf den Verderber Tribonianus, hält etsi für die richtige Lesart. Aber die bestbeglaubigte Lesart nisi gibt auch den besten Sinn; dagegen ist vorher wohl statt quanquam die Lesart der Vulg. quoniam vorzuziehen. — Gewiß mit Unrecht behauptet Mayer, Erbr. I. §. 133, nach dem veräußernden bonae fidei possessor könne der Erwerber gar nicht mehr in Anspruch genommen werden. Die Stelle in Note 126 setzt voraus, daß der Kläger im Erbschaftsstreite einen vom jetzigen Beklagten gezahlten Preis (pretium illud quodcunque) erhalten habe; wenn aber der Besitzer die Sache verschenkt oder den Preis nicht erhalten oder denselben in Früchten verzehrt und deßhalb dem Erben nichts restituirt hatte, so ist kein Grund, die Klage des letzten gegen den dritten Besitzer, dem auch kein Rückgriff gegen den Veräußerer zusteht, auszuschließen. Cf. L. 16. §. 7. D. h. t. Fabricius a. a. O. S. 189 flg. — Nach gleichen Gesichtspunkten ist übrigens auch wohl das Verhältniß der directa h. p. gegen den Verkäufer und der utilis h. p. gegen den Käufer der Erbschaft zu bestimmen. Cf. L. 18. §. 4. 5. 8. D. h. t. Fabricius a. a. O. S. 192.

129) L. 13. §. 14. L. 25. §. 8. D. h. t. L. 95. §. 9. D. de solut. (46. 3.) Glück a. a. O. S. 530—34.

Auf ähnliche Weise ist auch das Verhältniß zu Schuldnern der Erbschaft zu beurtheilen, welche an den Beklagten Zahlung geleistet haben. Durch diese konnten sie nicht befreit werden, so lange nicht der Gegenstand der Zahlung, mittelbar durch die Restitution des Beklagten, dem Erben als dem wahren Gläubiger zugekommen ist[130]. Der Erbe kann also gegen dieselben noch klagen, und ihnen steht dagegen, wenn sie im Irrthume gezahlt haben, die condictio indebiti gegen den Empfänger zu. Dadurch aber könnte nun wiederum der redliche Erbschaftsbesitzer indirect mehr zu leisten genöthigt werden, als er dem Erben zu restituiren brauchte, wenn er nämlich durch die empfangenen Summen nicht eine bleibende Bereicherung von gleichem Betrage gewonnen hatte; daher kann auch hier insoweit die Klage des Erben gegen die Schuldner durch Einrede ausgeschlossen werden[131].

Die Restitutionsverbindlichkeit des Beklagten im Erbschaftsstreite kann aber endlich noch eine Modification erleiden durch Gegenansprüche, welche demselben gegen den Kläger zuerkannt werden müssen. Diese können sich gründen 1) auf Zahlungen, welche der Beklagte aus eigenem Vermögen an Gläubiger der Erbschaft oder an Legatarien geleistet hat. Den Betrag derselben kann er in Abzug bringen oder Ersatz dafür fordern. Zwar wird des Erben Schuldverbindlichkeit durch jene Zahlung nicht ipso iure getilgt, weil sie nicht in seinem Namen geschah[132]. Aber der unredliche Besitzer braucht deswegen nur Sicherheit zu leisten, daß er den Erben gegen fernere Ansprüche der Gläubiger vertreten werde, wo er dann als procurator in rem suam den abermals Zahlung fordernden Gläubiger unbedenklich durch doli exceptio zurückweisen kann[133]; und von Seiten des redlichen Besitzers genügt die Abtretung der ihm gegen die bezahlten Gläubiger erworbenen condictio indebiti, die sich dann gegen die An-

---

130) L. 25. §. 17. in f. L. 31. §. 5. D. h. t.

131) Arg. L. 25. §. 11. 17. cit. L. 20. §. 20. ibid. Fabricius a. a. O. S. 190.

132) L. 38. §. 2. in f. D. de solut. (46. 3.) Ob in keinem Falle gesagt werden könne, daß durch solche Zahlung die Schuldverbindlichkeit des Erben ipso iure getilgt werde, darüber sind die Meinungen verschieden. L. 5. C. h. t. nimmt eine völlige Tilgung an. Diese Stelle könnte man nun allenfalls durch Beziehung auf die Zeit nach Erhebung der Klage erklären. Kämmerer, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proz. VIII. S. 196—200. Vangerow, Pand. II. S. 365. Aber es läßt sich doch nach der Natur der Sache auch vorher wohl eine Zahlung hereditario nomine denken, welche jene strengere Wirkung hätte, sowohl von Seiten des bonae fidei possessor, als von Seiten des m. f. possessor; von jenem, indem er in Voraussicht der Möglichkeit einer künftigen Bestreitung seines Erbrechtes die Zahlung ausdrücklich im Namen der Erbschaft, wem dieselbe auch zukommen möge, leistet, und darauf sich z. B. auch die Quittung ausstellen läßt, von diesem, indem er dem Gläubiger gegenüber ebenfalls nur als Vertreter der Erbschaft handelt. Vgl. Donell. l. c. cap. 15. §. 21—26., und über das Folgende überhaupt Muncke, Diss. de actionibus exceptionibusve possessori petitorive hereditatis ratione eorum, quae ipsi creditoribus hereditariis legatariisve solverunt, competentibus. Heidelb. 1833. 4.

133) L. 31. pr. D. h. t. Muncke §. 8—11.

sprüche der Gläubiger von selbst compensirt[134]); der Erbe ist aber auch ohnedieß schon durch exceptio doli gegen die Klagen der Gläubiger geschützt, wenn ihm bei der Restitution der Erbschaft die Zahlung in Abrechnung gebracht worden ist, da die Gläubiger, und zwar auf Kosten des Erben, das Ihrige bereits erhalten haben[135]). Ein Gleiches gilt in Ansehung bezahlter Vermächtnißforderungen[136]). Wie aber, wenn der Beklagte irrthümlich angenommene Erbschaftsschulden oder ungiltige Legate bezahlt hat? Der unredliche Besitzer kann natürlich deßhalb keinen Abzug machen, sondern muß vielmehr auch das zu diesem Zwecke aus der Erbschaft selbst entnommene Geld erstatten, und mag dann auf geeignetem Wege von den Empfängern Ersatz zu erlangen suchen[137]). Dem redlichen Besitzer aber wird nach dem Geiste des Hadrianischen Senatsbeschlusses wegen Bezahlung scheinbar giltiger, in der That aber ungiltiger Vermächtnisse gegen bloße Abtretung seiner Rückforderungsklage auch hier ein entsprechender Abzug von den zu restituirenden Erbschaftsgegenständen gewährt[138]). Darnach möchte man nun glauben, daß ihm dasselbe auch dann zugestanden werden müsse, wenn er irrthümlich an vermeintliche Erbschaftsgläubiger Zahlung geleistet hat. Gleichwohl wird ausdrücklich bemerkt, daß er bezahlte Nichtschulden nicht in Abrechnung bringen könne[139]); der Beklagte soll ja nicht gegen jeden Schaden geschützt werden, der ihm in Ansehung seines eigenen Vermögens durch die irrige Meinung Erbe zu sein verursacht worden[140]), und für den Erben könnte es unbillig beschwerend werden, wenn er die Folgen der Leichtfertigkeit des Beklagten in dieser Beziehung schlechthin übernehmen müßte[141]). Uebrigens versteht es sich von selbst, daß er nur seine Klagen abzutreten verpflichtet ist, wenn er zur Bezahlung irrthümlich

---

134) L. 31. pr. cit. L. 19. §. 1. D. de cond. indebiti. (12. 6.)

135) L. 31. pr. cit. in f.: Sed et petitor, si a creditoribus conveniatur, exceptione uti debebit. Cf. L. 57. D. de R. J. — Muncke, l. c. §. 15., will mit Faber, Ration ad h. l., dem Erben nur dann, wenn ihm die condictio cedirt ist, diese Exception geben; gegen den Sinn und Zusammenhang der Stelle; denn der Uebergang Sed et deutet auf einen Gegensatz, nicht auf eine Folge des Vorhergehenden.

136) Arg. L. 40. D. de O. et A. (44. 7.) L. ult. D. de neg. gest. (3. 5.) L. 4. §. 3. D. si cui plus (35. 3.) Cf. L. 50. §. 1. D. h. t. Ueber L. ult. cit. vgl. Kämmerer a. a. D. S. 341 flg.

137) Er hat hier condictio indebiti, weil er wirklich aus Irrthum zahlte, wenn gleich wohl wissend, daß er jedenfalls nicht der Schuldner sei. Ungegründet ist es, wenn Muncke l. c. §. 22. hier nicht die condictio indebiti, sondern cond. sine causa, Roßhirt aber, a. a. D. II. S. 28, weder diese noch jene zulässig findet. Vgl. Vangerow a. a. D. S. 367 a. E.

138) L. 17. D. h. t. Cf. L. 2. §. 1. — L. 4. D. de cond. indeb. (12. 6.) L. 4. §. 2. D. si cui plus. (35. 3.)

139) L. 20. §. 18. D. h. t.: nec imputaturum, quod non debitum solvit. Cf. L. 2. §. 7. D. de her. vend. (18. 4.)

140) Vgl. oben Note 111.

141) Vgl. Muncke l. c. §. 21. 23. — A. M. Vangerow a. a. D. S. 366 flg., indem er L. 20. §. 18. cit., dem Zusammenhange der ganzen Stelle zuwider, nur von der Zeit post motam controversiam versteht.

angenommener Schulden oder Vermächtnisse erbschaftliches Geld verwendet hat, da er nun durch dieses nicht weiter bereichert ist[142]). 2) Auf eigene Forderungen des Beklagten gegen die Erbschaft. Auch deren Betrag kann der redliche Besitzer in Abzug bringen (deducere), wenn gleich dieselben nicht klagbar waren. Der Prädo dagegen soll nicht durch seine Anmaßung einen solchen Vortheil erlangen; er wird daher auf Begehren des Klägers in Rücksicht seiner Forderung in dieselbe Lage versetzt, als wenn er der Erbschaft sich ganz enthalten hätte, und nur so weit es dem Erben selbst wünschenswerth ist, die Forderung getilgt zu sehen, kann dieser den Fall so behandeln, als ob der Gegner sich selbst gleich Anfangs bezahlt habe und ihm dafür nur nach 1) Ersatz zu leisten sei[143]). Diese Grundsätze waren schon im älteren Rechte anerkannt, obwohl dieses sonst bei actiones in rem eine Compensation noch nicht zuließ. Nach Justinianischem Rechte aber ist sie überhaupt auch bei diesen zulässig, und so muß man sie unter den allgemeinen Voraussetzungen auch bei der h. p. selbst in Ansehung der Forderungen gegen den Erben anerkennen; aber die specielle Ausnahme zum Nachtheile des Prädo ist dabei ausdrücklich bestätigt[144]). Doch muß man diese Ausnahme auch nur auf den eigentlichen Prädo beschränken, der von Anfang an mit dem Bewußtsein des Unrechtes sich in Besitz setzte; wer zu Anfang in gutem Glauben besaß, wird des einmal gewonnenen Vortheiles der Deductio durch spätere Erkenntniß seines Unrechtes nicht verlustig, und daher auch derjenige nicht, der erst im Prozesse durch die vom Gegner vorgelegten Beweise von dem Rechte desselben überzeugt wird. 3) Auf Verbindlichkeiten, welche der Beklagte zum Nutzen der Erbschaft gegen Dritte eingegangen ist. Von diesen muß ihn der Kläger befreien, und zwar auch den unredlichen Besitzer, in so weit deren Nothwendigkeit dargethan oder der Gegenstand der Restitution dadurch vergrößert ist[145]). 4) Auf Verwendungen, die der Beklagte zum Besten des erbschaftlichen Vermögens gemacht hat. Diese müssen dem redlichen Besitzer, wenn er sie vor Beginn des Prozesses gemacht hat, unbedingt erstattet werden, ausgenommen sofern sie nur zur Erzielung von solchen Früchten dienten, die er nicht zu restituiren braucht[146]). Der unredliche Besitzer, und gleich ihm auch der redliche Besitzer für die Zeit nach Erhebung der Klage, kann nur für die nothwendigen Verwendungen schlechthin Ersatz fordern, für alle anderen nur in so weit, als dadurch das Restitutionsobject bereichert und werthvoller geworden ist[147]); jedenfalls aber kann auch er die auf die Früchte, welche er restituirt, verständiger Weise verwendeten Ausgaben

142) L. 31. pr. cit. Cf. L. 25. §. 11. L. 16. §. 7. D. h. t. (Note 108—116.)

143) L. 31. §. 1. 2. D. h. t.

144) L. 14. §. 2. C. de compensat. (4. 31.) Vgl. Bd. 2, S. 739.

145) L. 20. §. 20. L. 40. §. 3. D. h. t. Vgl. Note 147.

146) L. 25. §. 11. L. 31. §. 3. L. 36. §. 5. — L. 39. D. h. t. L. 6. §. 1. D. si pars her. pet. Cf. L. 33. in f. D. de cond. indeb. (12. 6.)

147) L. 31. §. 3. L. 38. 39. D. h. t.

in Abzug bringen, da überall nur als wahre Frucht gilt, was nach Abzug der Kosten der Fruchterzeugung und Ernte übrig bleibt[148]), und das Product solcher Verwendungen auf die zu restituirenden Sachen, wofür ihm kein Ersatz gewährt wird, kann er, so weit es ohne Beschädigung der Sachen und noch mit Nutzen für ihn selbst möglich ist, wegnehmen (tollere)[149]). Unter den Gesichtspunkt einer Verwendung für die Erbschaft fällt übrigens auch der vom Besitzer aus eigenem Vermögen gezahlte Kaufpreis der für jene angeschafften Sachen, und auch dieser ist daher dem redlichen Besitzer schlechthin, dem unredlichen aber, so weit die Anschaffung nothwendig war oder dem Kläger noch nützlich ist, in Anrechnung zu bringen[150]).

Hiermit sind nun die Voraussetzungen und die Wirkungen der h. p. bestimmt worden. Es ergibt sich daraus, daß diese Klage nach ihrer neueren Gestaltung in Rücksicht des Erfolges allerdings große Aehnlichkeit mit einer persönlichen Klage hat, indem häufig das Resultat nur in solchen persönlichen Leistungen des Beklagten bestehen kann, die ganz in derselben Weise auch in Folge einer persönlichen Klage vorkommen können[151]), und Justinian hat die h. p. auch den bonae fidei actiones zugesellt[152]). Nichtsdestoweniger aber ist die h. p. ihrem eigentlichen Wesen nach immer noch als wahre in rem actio anzusehen, so lange man überhaupt den Unterschied zwischen actio in rem und in personam noch anerkennt[153]).

Unberührt haben wir bisher die Frage gelassen, wiefern durch den Einfluß der Zeit die Wirksamkeit der h. p. entweder gänzlich gehemmt oder im Erfolge modificirt werden könne? Hier ist nun vorerst unzweifelhaft, daß die allgemeine Klagenverjährung auch auf diese Klage Anwendung finde[154]), und zwar ist der Anfang dieser Verjährung von dem

---

148) L. 36. §. 5. cit. L. 46. D. de usur. et fruct. (22. 1.)

149) L. 39. §. 1. in f. D. h. t. Cf. L. 38. D. de R. V. (6. 1.) L. 5. in f. C. de R. V. (3. 32.) — Ob der redliche Besitzer post motam controversiam oder selbst post litem contestatam auch in dieser Beziehung dem malae fidei possessor gleich zu achten sei, ist bezweifelt worden von Dollmann a. a. O. S. 349 flg., arg. L. 38. 39. D. h. t.: de se queri debet, qui sciens in rem alienam impendit, L. 37, 38. D. de R. V.: quo iam sciebat rem alienam. Nach der Consequenz von Note 117—125 müssen wir es behaupten.

150) L. 20. pr. D. h. t.

151) Vgl. Thibaut, im Arch. a. a. O. Fabricius a. a. O. S. 194.

152) §. 28. J. de action. (4. 6.) L. 12. §. 3. C. h. t. Savigny, System V. S. 478 flg.

153) Vgl. Arndts, im rhein. Mus. II. S. 141 und Beiträge I. S. 23, 67—75. Dem Verf. dieser Beiträge (und des gegenwärtigen Artikels) ist vorgeworfen worden, er habe seine lange „höchst vornehme" Note auf S. 23 schon bei S. 67 vergessen. (Roßhirt a. a. O. S. 4.) Er war aber, wie der aufmerksame Leser leicht erkennen wird, sogar der Meinung, durch die Bemerkungen von S. 67 an jene Note noch mehr zu unterstützen; der Fehler müßte also im Gedanken liegen. Indessen flößt ihm jener Vorwurf wenig Besorgniß ein, daß etwa dieser gegründet sein möge.

154) L. 3. C. de praescript. trig. ann. (7. 39.)

Tage an zu rechnen, an welchem zuerst der Gegner in einem dem Erbrechte des Klägers widerstreitenden Besitze sich befand, der diesem zur Anstellung der h. p. Anlaß geben konnte, ohne Rücksicht darauf, ob etwa später dieser Besitz des Beklagten sich auf mehrere einzelne Gegenstände der Erbschaft ausdehnte; denn durch die erste Anmaßung war schon die ganze h. p., die ihrem Fundamente nach eine und dieselbe Klage ist, begründet, und es kommt nur darauf an, ob der Gegner ununterbrochen in einem solchen factischen Verhältnisse geblieben sei [155]. Doch ist hiervon der Fall wohl zu unterscheiden, wenn ein Besitzer später erst angefangen hat, einen größeren aliquoten Theil der Erbschaft sich anzumaßen; gegen diesen kann in so weit die Verjährung erst von da an beginnen, so wie auch demjenigen, welchem später erst ein neuer Erbtheil zugefallen ist, in Ansehung dieses Erbtheiles nur von dieser Zeit an die Verjährung laufen kann, wenn auch der Gegner schon länger im Besitze war [156]. — Unzweifelhaft ist es ferner, daß es dagegen eine Ersitzung in Ansehung der Erbschaft als eines Ganzen nicht gibt, daß also aus diesem Grunde die h. p. nicht ausgeschlossen werden könne [157]. Eine viel bestrittene Frage aber war es bis zur neuesten Zeit, ob und mit welcher Wirkung derjenige, welcher sich aus gutem Grunde für den Erben halte, auf den Grund dieses Besitzes einzelne zur Erbschaft gehörende Sachen durch ordentliche Ersitzung erwerben könne (pro herede usucapere)? Diese Frage ist dahin zu beantworten, daß eine solche Ersitzung zwar allerdings stattfinde [158], und so denn auch an sich zunächst alle Wirkungen des Eigenthumserwerbes mit sich bringe [159], daß aber nichtsdestoweniger der ersitzende Pseudoerbe die noch in seinen Händen befindlichen usucapirten Sachen, so wie die durch spätere Veräußerung derselben gewonnene Bereicherung dem wahren Erben, der mit der h. p. gegen ihn auftrete, herausgeben müsse. Diesen Rechtssatz, der schon früher von mehreren Rechtsgelehrten aufgestellt war [160], hat jetzt der Verfasser dieses Artikels, sich stützend auf die Consequenz des Hadrianischen Senatsbeschlusses [161], auf den durch Gaius aufgeklärten historischen Zusammenhang [162], und auf entscheidende Stellen des Justinianischen Rechtes [163], ausführlich vertheidigt [164], und derselbe wird nunmehr fast einstimmig von Allen als richtig anerkannt [165].

155) Vgl. Note 88.

156) Vgl. Note 79, 80.

157) L. 7. C. h. t. L. 4. C. in quib. caus. cess. l. t. p. (7. 34.) Cf. Cai. II. 54.

158) Ausgenommen etwa gegen sui heredes: L. 2. C. de usucap. pro her. (7. 29.)

159) Vgl. Note 126.

160) Vgl. Thibaut, Pand. in der älteren Ausg. §. 1027, 8. Aufl. §. 1013. Wening-Ingenheim, Civilrecht II. §. 45. Anders Fritz, in der 5. Aufl. a. a. O. Note vv.

161) L. 20. §. 6. L. 22. 25. §. 11 sq. L. 28. 55. D. h. t.

162) Cai. II. 52—58. III. 201. Cf. tit. D. expilat. hered. (47. 19.)

163) L. 4. 7. C. citt. L. 1. pr. D. quor. bon. (43. 2.)

164) Im rhein. Mus. II. S. 125—148, in den Beiträgen I. S. 75—108.

165) Vgl. Fabricius, im rhein. Mus. IV. S. 195—204. Unter-

Zum Schlusse ist endlich noch die Frage zu berühren, welchen Einfluß der bevorstehende oder schwebende Erbschaftsstreit auf das Verhältniß der streitenden Parteien zu dritten Personen ausübe, gegen welche die Erbschaft oder welche umgekehrt gegen die Erbschaft Ansprüche geltend zu machen haben. Nach älterem Rechte konnte die Verfolgung eines singulären Rechtsanspruches, dessen Entscheidung zugleich eine Entscheidung über das streitige Erbrecht involvirte, durch die exceptio: quod praeiudicium hereditati non fiat gehemmt werden[166]), deren Umfang jedoch genau zu bestimmen nach den ungenügenden Aussprüchen unserer Quellen um so schwerer ist, als darüber unter den classischen Juristen selbst viel Streit gewesen ist[167]). Nach Justinianischem Rechte aber ist zunächst 1) die Frage, inwiefern **gegen** die um die Erbschaft streitenden Parteien von dritten Personen Rechtsansprüche geltend gemacht werden können, in Gemäßheit einer eigenen Verordnung Justinian's (L. 12. C. h. t.), auf folgende Weise zu beantworten: a) Vermächtnißnehmer können sofort gegen den Onerirten klagen, jedoch nur, wenn sie wegen künftiger Rückgabe Caution leisten, die Auszahlung erwirken. Wenn nun der Onerirte im Erbschaftsstreite unterliegt, so muß der Empfänger die erhaltene Geldsumme mit Zinsen zu drei Procent und andere Sachen mit den gezogenen Nutzungen zurückerstatten. Der Legatar kann aber auch nach der Litiscontestation die weitere Verfolgung seines Anspruches bis zur Entscheidung des Erbstreites ruhen lassen, und alsdann, wenn diese dem Onerirten und somit auch dem Vermächtnißnehmer, günstig ausfällt, den Gegenstand des Vermächtnisses nebst Accessionen fordern[168]). Ist die Giltigkeit des Vermächtnisses von dem Ausgange des Erbschaftsstreites nicht abhängig, z. B. wenn Zwei darüber streiten, wer von ihnen der eingesetzte Erbe, also auch der Onerirte, sei, so kann der Legatar gegen jeden der beiden Prätendenten klagen, muß aber auch hier, so weit es zur Sicherstellung des Zahlenden gegen möglichen Verlust, falls er in

---

Holzner, das. V. S. 26—32. Löhr, im Arch. für civ. Prax. XII. S. 86, Note 2. Peucer, de usucap. pro her. diss. (Jenae 1835.) §. 6. 15. 20., und dazu Jenaer Literaturzeitung von 1835 Nr. 221. B(enfey), in der allg. Literaturzeitung v. 1840 III. S. 22. Schilling, Inst. und Rechtsgesch. II. S. 567, Note n. Puchta, Pand. §. 506, Note g. Cursus der Institut. II. S. 627 flg. Vangerow, Pand. I. §. 320, Anm. 1. Mayer, Erbr. I. §. 131, Note 6, und jetzt auch Mühlenbruch, der in jenen Beiträgen S. 76 noch als Dissentient angeführt wird, im Lehrb. 4. Ausg., §. 262, Note 8. — Dagegen argumentirt noch Roßhirt a. a. O. S. 68, 72, und im Civilrecht II. S. 114, wo er seine beiden früheren Ausführungen (im Arch. IX. 1. und in seiner Zeitschr. I. S. 121—123) selbst als „nicht scharf genug geschehene" bezeichnet. Ob aber ein Leser das diesen abgesprochene Prädicat den beiden neuen Ausführungen zuerkennen wird?

166) Gai. IV. 133. L. 18. D. de except. (44. 1.) Cf. L. 5. §. 2. D. h. t.

167) L. 12. pr. C. h. t.: multae varietates et controversiae veterum.

168) L. 12. pr. C. cit. Cf. L. 6. D. h. t. L. 18. §. 1. D. de legat. II. L. 3. §. 6—10. L. 4. 8. D. si cui plus. (35. 3.) — Ueber eine besondere Bestimmung in Betreff des Vermächtnisses der Freiheit s. L. 12. cit. §. 2. und vgl. L. 7. D. h. t.

dem Hauptstreite unterliege, nothwendig ist, Caution leisten, z. B. dann, wenn der nichtbesitzende Kläger aus eigenem Vermögen das Vermächtniß entrichtet, indem dieser nichts in Händen hat, wovon er das Gezahlte nöthigenfalls zurückbehalten könnte[169]), obwohl er immerhin auch den durch jene Zahlung befreiten Gegner durch negotiorum gestorum actio belangen kann[170]). b) Gläubiger der Erbschaft können nach ihrer Wahl sowohl die eine als die andere der um die Erbschaft streitenden Parteien mit ihrer persönlichen Klage belangen[171]), und es soll die Verfolgung dieser Klage durch den noch unentschiedenen Erbstreit nicht aufgehalten werden; doch ist dieselbe, wenn sie die Restitution bestimmter noch vorhandener Sachen zum Zwecke hat, z. B. dem Erblasser geliehener oder in Verwahrung gegebener Sachen, natürlich gegen den Besitzer zu richten. Wenn nun derjenige, welcher darauf einen Gläubiger befriedigt, nachher im Erbschaftsstreite unterliegt, so soll ihm jedenfalls für die rechtmäßig geleistete Zahlung Vergütung werden. Ist er der Erbschaftskläger, so soll der Richter dem siegreichen Beklagten die Vergütung auflegen und, wenn dieß übersehen ist, dem unterliegenden Kläger gegen ihn negotiorum gestorum actio oder ex lege condictio auf Ersatz zustehen; ist er der Besitzer der Erbschaft, also der Beklagte im Erbprozesse, so braucht er nur nach erhaltenem Ersatze für die geleistete Zahlung oder mit Abzug ihres Betrages den Nachlaß herauszugeben[172]); es ist aber auch ihm, wenn dieses bei der Restitution übersehen worden, wie im gleichen Falle dem Kläger, unbedenklich eine Klage zu geben, obwohl dieß unser Gesetz nicht ausdrücklich sagt[173]). Eine Ausnahme findet jedoch statt, wenn für den Fiscus die Erbschaft in Anspruch genommen wird; in diesem Falle sollen, ne publicae causae praeiudicetur, vermöge einer durch L. 12. cit. nicht beseitigten besonderen Bestimmung, die Klagen der Erbschaftsgläubiger bis zum Ausgange dieses Rechtsstreites ausgesetzt werden[174]). c) Der Anstellung dinglicher Klagen gegen den Besitzer steht überall kein Hinderniß entgegen, indem diese nur gegen den Besitzer der Sachen als solchen gerichtet sind und der Entscheidung des Erbschaftsstreites in keiner Weise vorgreifen. Und selbst auch die h. p. kann gegen denjenigen, der schon von einem Anderen mit derselben belangt ist, zugleich von einem Dritten in Ansehung derselben Erbschaft angestellt werden; der Kläger, welcher zuerst ein günstiges Urtheil erlangt,

---

169) L. 4. §. 1. 3. D. si cui plus. (35. 3.)

170) L. ult. D. de neg. gest. (3. 5.) (Note 136). Auf diesen Fall scheint überhaupt anwendbar, was L. 12. §. 1. C. h. t. für den Fall der Bezahlung von Erbschaftsgläubigern vorschreibt (Note 172, 173), arg. L. 40. D. de O. et A.

171) So schon nach L. 4. §. 1. D. si cui plus.: tam in petitorem quam in possessorem competunt actiones et creditoribus et legatariis, nämlich in dem Falle: si duo ex testamento hereditatem in solidum sibi vindicent.

172) L. 12. §. 1. C. h. t.

173) Vgl. Kämmerer, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proz. VIII. S. 200—205.

174) L. 35. D. de iure fisci. (49. 14.)

muß hier aber zur Sicherstellung des restituirenden Beklagten die Fortführung des Prozesses gegen den anderen Kläger auf sich nehmen[175]). Es fragt sich nun noch umgekehrt 2) inwiefern diejenigen, unter denen das Erbrecht streitig ist, vor Entscheidung dieses Streites ihrerseits gegen dritte Personen wegen erbschaftlicher Ansprüche klagend auftreten können? Unter einander können jene Parteien jede Specialklage, deren Erfolg durch Entscheidung über das streitige Erbrecht bedingt ist, mittelst der exceptio: quod praeiudicium hereditati non fiat einstweilen ausschließen[176]). Gewiß ist nun, daß dieselbe Einrede auch einer solchen Klage einer Partei gegen einen Dritten entgegensteht; wenn diese mittelbar zugleich auf die Gegenpartei im Erbschaftsstreite als regreßpflichtige zurückwirkt, so daß diese bei dem Ausgange dieses besonderen Rechtsstreites betheiligt ist[177]). Eine allgemeine Regel aber, wornach jeder Dritte mit Beziehung darauf, daß ein Anderer dem Kläger das Erbrecht streitig mache, die Anstellung erbschaftlicher Klagen einstweilen abwehren könnte, läßt sich für das Justinianische Recht nicht behaupten. Der allgemeine Ausspruch, ut nihil in praeiudicium eius iudicii (de hereditate) fieri debeat[178]), kann sie nicht begründen, da wir von Justinian selbst wissen, daß über die Bedeutung und Consequenzen dieses Satzes schon unter den classischen Juristen große Meinungsverschiedenheit herrschte[179]), und auch die einzelnen Bestimmungen des Justinianischen Rechtes keineswegs eine so umfassende und durchgreifende Geltung desselben erkennen lassen. Vielmehr können actiones in rem gegen Besitzer von Erbschaftssachen von beiden Parteien ungehindert angestellt werden, sowohl die rei vindicatio gegen die ex iusta causa besitzenden, mit Ausnahme des oben Note 177 erwähnten Falles, als auch hereditatis petitio gegen andere pro herede oder pro possessore possidentes[180]). Ein Anderes scheint freilich in Betreff

175) L. 57. D. h. t. Cf. L. 57. D. de R. V. (6. 1.)

176) L. 1. §. 1. D. fam. ercisc. (10. 2.) L. 32. §. 10. D. de receptis. (4. 8.) Cf. L. 16. 18. D. de except. (44. 1.) Darauf bezieht sich auch wahrscheinlich L. 13. D. l. c. Vgl. Roßhirt, test. Erbr. II. S. 25.

177) L. 25. §. 17. D. h. t. (Note 128, 131).

178) L. 5. §. 2. D. h. t. Vgl. darüber Donell., Comment. XIX. cap. 15. §. 7—12. Cuiac., obs. XX. c. 35. quaest. Pap. lib. III. ad l. 49. D. h. t. recitat. solenn. ad tit. D. de her. pet. L. 5—7. 49. (opp. Neap. vol. III. p. 600. IV. p. 73. VII. p. 216 sq.) Fabri, Rational. ad L. 5—7. 25. §. 17. L. 49. D. h. t. Vangerow, Pand. II. S. 362 flg.

179) L. 12. pr. C. h. t., wo nur historisch im Eingange unserer Einrede erwähnt wird (Note 167).

180) L. 25. §. 17. D. h. t.: puto posse res vindicari, nisi emtores regressum ad b. f. possessorem habent. L. 49. D. h. t.: petitor autem hereditatis citra metum (impedimentum) exceptionis in rem agere poterit, in rem, d. h. entweder rei vindicatione oder hereditatis petitione, z. B. gegen solche, qui res hereditarias (pro possessore) occupaverint. Nach diesen Stellen hat der Petitor die Vindication ohne Beschränkung außer der in L. 25. §. 17. angedeuteten; sie muß aber dem Possessor in gleichem Maße zugestanden werden, ungeachtet L. 49. cit. für diesen noch eine andere Beschränkung anzudeuten scheint. Vgl. Note 175.

der Forderungsklagen der Erbschaft angenommen zu sein. Der redliche Besitzer der Erbschaft, so sagt L. 49. D. h. t., soll zur Klage gegen die Schuldner der Erbschaft und Occupanten von Erbschaftssachen zugelassen werden, namentlich wenn längere Zögerung den Verlust der Klage befürchten läßt; und dann gibt sie auch dem Petitor das Recht zur in rem actio, ohne der actiones in personam zu erwähnen. Daraus scheint hervorzugehen, daß diesem die letzten nicht zustehen sollen[181]. Aber das argumentum a contrario ist bei einer so unvollständig excerpirten Stelle, wie diese, gewiß sehr bedenklich, und hier um so mehr, als das Motiv, welches für die Gestattung der actiones in rem angedeutet wird, auch auf die actiones in personam paßt[182]), und es zudem im allgemeinen wirklich unbegreiflich wäre, warum der Erbschaftskläger von der Anstellung solcher Klagen ausgeschlossen, der Beklagte dazu zugelassen sein solle, da ja auch jener, obwohl Kläger, schon im Besitze eines großen Theiles des Nachlasses, ja eines größeren als der Beklagte, sich befinden kann[183]). Uebrigens erklärt sich die Beschränkung, welche in L. 49. cit. hinzugefügt ist (utique si periculum erit, ne inter moras actiones intercidant), aus demselben Gesichtspunkte, nach welchem die Veräußerung von Nachlaßgegenständen dem Besitzer nicht anders, als wenn es das Interesse der Erbschaft nothwendig erheischt, gestattet werden soll[184]), und es ist daher auch nicht zu billigen, wenn man nur zur Unterbrechung der Verjährung die Anstellung der Klage statthaft findet, indem auch andere Gefahr des Verlustes, z. B. wegen eintretender Insolvenz des Schuldners, dazu bestimmen kann. Arndts.

Heres[1]) heißt nach strengem Sprachgebrauche der römischen Jurisprudenz derjenige, welcher nach Civilrecht in die Gesammtheit der Vermögensverhältnisse eines Verstorbenen eintritt (qui civili iure in universum ius defuncti succedit), dergestalt, daß alle einzelnen vermögensrechtlichen Verhältnisse des Verstorbenen, passive und active, sofern sie nicht durch den Tod erlöschen, mit voller civilrechtlicher Wirkung in der Person des Nachfolgers eben so fortbestehen, wie sie in der Person des Verstorbenen bestanden hatten und bestehen würden[2]). Er ist entweder heres ex asse, solus heres, einziger Erbe, oder pro parte, ex parte,

---

181) Vangerow a. a. O. S. 362.

182) Quid enim si possessor hereditatis negligat? quid si nihil iuris habere se sciat?

183) Vgl. Note 16. Puchta, Pand. §. 508.

184) L. 5. pr. D. h. t. Vgl. übrigens Basilic. XLII. 1. cap. 49. Schol. q. (vol. V. p. 561. 638.)

1) Vgl. Brissonius, de verb. sign. v. heres. Dirksen, manuale latinitatis v. heres.

2) Vgl. Bd. 4, S. 1, 2, 6. — §. 7. J. de hered. qual. (2. 19.): veteres enim heredes pro dominis appellabant. §. 2. J. de bon. poss. (3. 9.) (Cai. III. 32.): praetor heredes facere non potest; per legem enim tantum vel similem iuris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatusconsultum et constitutiones principales.

Theilerbe, welcher letzte im Verhältniß zu den Concurrenten coheres, Miterbe, heißt[3]). Nach Verschiedenheit des Delationsgrundes ist er entweder ex testamento heres, testamento scriptus, institutus heres[4]), testamentarius h.[5]), oder ab intestato, legitimus heres[6]), und der testamentarische Erbe ist entweder institutus im engeren Sinne, oder substitutus heres[7]). Mit Rücksicht auf die Art und Weise der Erwerbung der Erbschaft wird ferner unterschieden der necessarius und voluntarius heres; der erste aber ist entweder necessarius schlechthin, d. i. der Sclave, welcher durch den letzten Willen des Erblassers zugleich die Freiheit erlangt und zu dessen Erben berufen wird, oder suus et necessarius, d. i. derjenige, welcher, durch den Tod des Erblassers von der väterlichen Gewalt befreit, von selbst Erbe desselben wird. Im Gegensatze davon heißen Andere auch extranei heredes[8]). In modernlateinischer Terminologie aber hat man necessarius heres nicht nur denjenigen genannt, der, zur Erbschaft berufen, von selbst und ohne seinen Willen dieselbe erwirbt, sondern auch denjenigen, welchen der Erblasser, wenn sein Testament giltig sein soll, zum Erben einsetzen muß (Notherbe)[9]).

Im weiteren Sinne werden nun aber unter der Bezeichnung heredes auch diejenigen mitbegriffen, die zwar nicht nach Civilrecht Erben geworden sind, die aber, was den practischen Erfolg betrifft, eine gleiche Stellung einnehmen, als ob jenes der Fall wäre (heredi similes personae, qui loco heredum sunt)[10]). Dahin gehören vor allen die be-

3) Vgl. Bd. 3, S. 920—925, Bd. 4, S. 6. L. 10. §. 1. D. de her. pet. (5. 3.) L. 17. D. de iud. (5. 1.) L. 4. §. 1. D. de cond. instit. (28. 7.)

4) Vgl. den Art. Erbeinsetzung Bd. 3, S. 907 flg.

5) Diesen Ausdruck finden wir zwar in den Quellen nicht, wohl aber testamentaria hereditas, L. 130. D. de V. S. L. 17. D. de acquir. hered. (29. 2.) L. 6. §. 2. D. quae in fraud. cred. (42. 8.); und ganz analog ist testamentarius tutor, L. 1. §. 5. D. de suspectis tut. (26. 10.) L. 11. §. 1. 4. D. de testamentaria tutela. (26. 2.)

6) Vgl. den Art. Intestaterbfolge. Tit. D. de suis et legitimis her. (38. 17.) unde legitimi. (38. 7.) Cod. 6. 15 u. 58.

7) Vgl. den Art. Substitution. Bd. 3, S. 980. — Nach teutschem Rechte kann man auch noch von einem pactitius heres reden. Bd. 4, S. 34 flg.

8) Vgl. Bd. 4, S. 7 flg. Bd. 1, S. 856 flg. — Sua heres, L. ult. D. de dot. (coll. 37. 7.) Cai. III. 9. (coll. XVI. 2.) — Gegensatz von sui und (anderen) legitimi heredes. Tit. D. de suis et legitimis. Paull. sentt. IV. 8. §. 24.: neque sui neque legitimi heredis.

9) Vgl. die Art. Enterbung (Bd. 3, S. 884 flg.) und Notherben.

10) Heredes similesque persona L. 58. D. de O. et A. (44. 7.) L. 1. §. 8. D. ne vis fiat. (43. 4.) L. 10. in f. D. qua in fraud. (42. 8.) u. a. — h. ceterique successores L. 16. §. 2. D. quod met. causa. (4. 2.) L. 17. §. 1. D. de dolo malo. (4. 3.) L. 9. D. de tribut. act. (14. 4.) u. v. a. — h. successoresve L. 3. §. 4. D. usufr. quemadm. cav. (7. 8.) L. 63. §. 2. D. pro socio. (17. 2.) — h. ceterique qui in locum succedunt L. 28. D. de re iud. (42. 1.) — h. et hi qui successorum loco habentur L. 14. D. de div. temp. (44. 3.) — heres et honorarii successores L. 13. §. 11. D. de acceptil. (46. 4.) L. 10. D. ad SC. Vell. (16. 1.)

norum possessores[11]). Diese werden zwar in den Quellen nicht geradezu heredes genannt, vielmehr mit anderen personae heredi similes in vielen Stellen von den heredes unterschieden[12]). Allein nicht nur muß sehr häufig, was ausdrücklich nur von dem heres gesagt ist, doch auch auf den bonorum possessor bezogen werden[13]), sondern die Quellen haben uns auch die Benennung iure praetorio oder honorario heres, praetorius oder honorarius heres sehr nahe gelegt, theils durch den Gegensatz iure civili heres[14]), theils durch die Bezeichnung hereditas honoraria[15]), wie denn auch kein Zweifel ist, daß in dem blos prätorischen Testamente nicht minder wie in dem civilrechtlichen eine heredis institutio vorkam, obwohl diese nur eine bonorum possessio zur Folge haben konnte[16]). Der bonorum possessor hat mit dem civilrechtlichen Erben das gemeinsam, daß beide unmittelbar in die Stelle des Verstorbenen eintreten. Mit Rücksicht darauf nennt sie die moderne Terminologie heredes directi, die also entweder civiles oder honorarii sind. Im Gegensatze davon aber nennt man den Universalfideicommissar, als welcher ebenfalls in universum ius succedit, aber nur vermittelst der Restitution eines anderen Erben, dem das Vermächtniß auferlegt worden ist, heres indirectus, und auch zu dieser Terminologie haben die Quellen selbst Veranlassung gegeben[17]). Auf andere Vermächtnißnehmer dagegen kann man die Bezeichnung heres nicht mehr passend anwenden, und es ist ein von dem römischen weit abweichender Sprachgebrauch, wenn man auch sie noch unter den Begriff indirecter Erben oder mittelbarer Erbfolger subsumirt. Dagegen kann der Fiscus, sofern ihm Erbschaften wegen In-

11) L. 1. D. de poss. h. pet. (5. 5.): velut heredes. L. 117. D. de R. J. Vgl. Note 2 und Bd. 2, S. 306 flg.

12) L. 20. §. 13. D. de her. pet. (5. 3.) Cai. III. 78.: heredes, bonorum possessores, alius iustus successor. — L. 14. §. 17. D. de religios. (11, 7.): h. bonorumve possessor ceterique successores. — L. 1. §. 19. D. depositi. (16. 3.) L. 2. §. 19. D. pro emt. (41. 4.): h., bon. poss., fideicommissarii, quibus ex SC. Trebelliano restituta est hereditas, ceterique praetorii successores. — Cai. IV. 111. 172.: b. p. ceterique qui heredis loco sunt. — Vgl. L. 8. Cod. comm. de succ. (6. 59.): successio civili vel honorario iure. L. 1. C. si quis ignorans. (5. 73.): hereditario vel honorario titulo.

13) L. 170. D. de V. S.: Heredis appellatione omnes significari successores credendum est, etsi verbis non sint expressi. Diese Regel ist, wie viele der beiden letzten Pandektentitel, nicht so allgemein wahr, wie sie lautet; sie findet aber am häufigsten Anwendung auf den bonorum possessor. L. 2. D. de bon. poss. (37. 1.)

14) Cai. III. 36.

15) L. 1. C. de secund. nupt. (5. 9.): hereditates ab intestato vel legitimas vel honorarias. Vgl. L. 10. Cod. commun. de succ. (6. 59.): nec civili nec honorario iure defertur hereditas. Auch in L. 6. §. 2. D. quae in fraud. cred. (42. 8.) hat die Vulgata hereditatem vel legitimam vel honorariam vel testamentariam, aber hier ist die Lesart der Florentina vel legit. vel test. ohne Zweifel vorzuziehen.

16) Ulp. XXVIII. 5. 6. Cf. tit. D. de bon. poss. sec. tab. (37. 11.)

17) Vgl. Bd. 3, S. 907, Note 2.

dignität des berufenen Erben oder als erbloses Gut zufallen (und ebenso die Corporation, welche in Rücksicht des letzten etwa dem Fiscus vorgeht), vollkommen dem Erben, und zwar dem directen verglichen werden, obgleich er in den Quellen nicht heres genannt, sondern diesem und dem bonorum possessor entgegengesetzt wird[18]). Arndts.

Hessen. Erst von der Mitte des dreizehnten Jahrhunderts an bildete Hessen ein selbstständiges Fürstenthum unter dem Landgrafen Heinrich I., dem Stammvater der noch jetzt regierenden Fürstenhäuser. Das Gebiet desselben war damals von sehr beschränktem Umfange[1]) in Vergleichung mit demjenigen, zu welchem es durch häufige Erwerbungen einzelner Besitzungen[2]) und vorzüglich seit dem siebzehnten Jahrhunderte durch den Zuwachs ganzer Provinzen und größerer Landestheile erweitert worden ist. Von jener frühesten Zeit an treten Landstände, bald den Fürsten zur Seite, bald ihnen gegenüber, in auswärtigen wie in inneren Angelegenheiten, und namentlich in diesen letzteren, als vermittelndes, berathendes, nach Bedürfniß auch die Rechte des Landes gegen sie verwahrendes und kräftig schützendes Element auf[3]). Das zugleich mit der Idee einer privatrechtlichen Succession in die fürstlichen Lande in damaliger Zeit aufgekommene Princip ihrer Theilbarkeit und eines gleichen Erbfolgerechtes aller Söhne des Regenten[4]) fand auch in dem hessischen Fürstenhause Eingang[5]), und führte, nach mehrfachen wirklichen Theilungsfällen, die jedoch ohne dauernden Erfolg blieben, gegen die Mitte des sechszehnten Jahrhunderts zu derjenigen Hauptlandestheilung, in welcher der Ursprung der noch heutzutage fortwährenden Trennung des Gesammtfürstenthums Hessen in zwei selbstständige teutsche Bundesstaaten: Kurhessen und Großherzogthum Hessen[6]), zu finden ist. Das, diese Landestheilung verordnende, durch den Ausdruck der hochherzigsten, wahrhaft landesväterlichen Gesinnungen, und die Anordnung vieler die Wohlfahrt des Landes begründenden und fördernden Einrichtungen, sich auszeichnende Testament des Landgrafen Philipp d. Gr. vom 6. April 1562[7]), zu dessen getreuer Festhaltung die 4 Söhne des Verstorbenen sich, auf den Antrag der Landstände,

18) Vgl. Bd. 3, S. 929 flg., Bd. 4, S. 48 flg.

1) Eine nähere Beschreibung hiervon findet man in v. Rommel, Gesch. v. Hessen B. II, S. 58 flg. Landau, Beschr. des Kurfürstenth. Hessen S. 11.

2) Uebersichtlich dargestellt von Landau a. a. O. S. 12, 14 flg., 17 flg., 21, 24 flg., 27.

3) B. W. Pfeiffer, Gesch. der landständ. Verfassung in Kurhessen §. 28.

4) Desselb. Ordn. der Regierungsnachfolge in teutschen Staaten Th. I, §. 20 flg.

5) Ebendas. S. 175 flg.

6) Von Hessen-Homburg das Nähere in der 2. Unterabtheilung dieses Aufsatzes.

7) Abgedruckt in Lünig's Reichsarchiv Th. IX, S. 776. Schmincke, monim. hassiac. T. IV. p. 577 sq. Hessisches Staatsrecht (von Beck) B. II, S. 52 flg.

durch eine diesen am 26. Aug. 1567 ausgestellte Versicherungsurkunde [8]) feierlich verpflichteten, ist nebst der dadurch veranlaßten Erbeinigung der 4 fürstlichen Brüder vom 28. Mai 1568 (dem sogen. Brüdervergleiche) [9]) als die Fundamentalnorm der hessischen Staatsverfassung bis in die neueste Zeit, wo es erst zu einer urkundlichen Feststellung derselben im Ganzen und in ihren Einzelnheiten gekommen ist, zu betrachten. Neben ihnen bestanden als positive Quellen des öffentlichen Rechtes für das Gesammtfürstenthum Hessen einerseits die kaiserlichen Lehnbriefe, in welchen, seit dem ersten Lehnsauftrage im Jahre 1373, der größte Theil der hessischen Besitzungen begriffen war [10]), anderentheils vielfältige Landtagsabschiede, hauptsächlich aus dem 16. Jahrhunderte [11]), in welchem und bis zum Jahre 1628, auch nach der erfolgten Landestheilung, noch mehrere gemeinschaftliche Landtage gehalten wurden, und zwar nicht bloße Verwilligungstage der angesonnenen Abgaben und Steuern, sondern Bürgschaften der Freiheiten und Rechte, und der Wohlfahrt des Landes [12]). Das solchergestalt unter den beiden stammverwandten Häusern H.-Cassel und H.-Darmstadt — nachdem die von den beiden weiteren Söhnen des Landgrafen Philipp gestifteten Linien sehr bald wieder ausgestorben waren — noch bestehende Band einer Gemeinschaft in den wichtigsten Gegenständen des öffentlichen Lebens erhielt noch später eine formelle Bestärkung durch zwei zwischen diesen Häusern abgeschlossene Verträge, den sogen. Hauptaccord vom 24. Sept. 1627 und den Vertrag vom 14. April 1648 [13]), mit welchen die weiteren vom 28. Jan. 1628 und 30. Mai 1638 [14]), auch 19. Febr. 1650 [15]), in Beziehung stehen. Besonders noch lange nachher, bis zur Auflösung des teutschen Reiches, beibehaltene Gegenstände der Gemeinschaft waren, außer der erwähnten landständischen Gesammtverfassung, welche schon früher außer Uebung gekommen war [16]), active und passive Lehnbarkeit in Ansehung gewisser Besitzungen [17]), das Sammthof- und das Sammtrevisionsgericht [18]), die adeligen Stifter Kaufungen und Wetter [19]), die Fräuleinsteuer [20]), gewisse Zölle [21]) und

8) Pfeiffer, landst. Verf. S. 61 flg. v. Rommel a. a. O. V. S. 79.

9) Abgedruckt bei Lünig a. a. O. IX. S. 789. Estor, elect. iur. publ. hass. p. 22. Beck a. a. O. II. S. 92 flg. v. Rommel a. a. O. V. S. 139 flg.

10) Ledderhose, kl. Schriften III. S. 45 flg.

11) Pfeiffer, landst. Verf. §. 5—9.

12) Beck a. a. O. II. S. 90 u. 154. v. Rommel a. a. O. V. S. 239 flg.

13) Beide abgedruckt bei Lünig a. a. O. IX. S. 827, 899, und Beck a. a. O. II. S. 157 flg. und 178 flg.

14) Lünig a. a. O. IX. S. 843, 867, 876. Beck a. a. O. II. S. 154.

15) Ledderhose a. a. O. I. S. 143.

16) Ledderhose a. a. O. I. S. 67.

17) Ledderhose a. a. O. IV. S. 1 und III. S. 5.

18) Worüber der neueste Receß am 3. Oct. 1718 abgeschlossen wurde. Ledderhose a. a. O. IV. S. 39, 101.

19) Ledderhose a. a. O. II. S. 5.

20) Ledderhose a. a. O. V. S. 4.

21) Ledderhose a. a. O. IV. S. 197.

ein Gesammtarchiv. Alle diese bis dahin noch bestandenen Bande der Einheit zwischen beiden stammverwandten Häusern wurden aufgelöst vermittelst eines während der Entfernung des Kurfürsten von Hessen zwischen dem Könige von Westphalen und dem nunmehrigen Großherzoge von Hessen (Darmstadt) am 3. Juni 1810 abgeschlossenen Vertrages[22]), und dabei ist es im wesentlichen verblieben, obwohl man nach des ersteren Wiedereintritt in die Regierung das Bedürfniß der Abschließung eines neuen, umfassenden, gemeinsamen Haus- und Staatsvertrages in einem am 19. Dec. 1816 eingegangenen Präliminarvertrage ausdrücklich anerkannte[23]). Selbst in Folge der Bundesmilitärverfassung sind beide Staaten durch Verweisung ihrer Contingente zu verschiedenen Corps[24]) getrennt worden. — Als ein dem öffentlichen Rechte des Gesammthauses Hessen angehöriges Rechtsverhältniß sind auch noch die Erbverbrüderungen mit Sachsen und Brandenburg zu erwähnen, deren erste Beurkundung in das Jahr 1373, die neueste in das Jahr 1614 fällt, und denen vielleicht noch jetzt nicht aller practischer Werth abzusprechen ist[25]).

Von eigenthümlichen Quellen des hessischen Privatrechtes geben jene früheren Zeiten nur eine dürftige Ausbeute. Während der der Einführung des römischen, canonischen und longobardischen Rechtes vorausgegangenen Periode bestand in Hessen, so viel bekannt, keine demselben eigene Gesetzgebung; vielmehr galt daselbst — mit Rücksicht auf die Eintheilung des Landes in den sächsischen und fränkischen Gau, deren ersterer die jetzigen Aemter Carlshafen, Sababurg, Hofgeismar, Grebenstein, Zierenberg, Wolfhagen und das zum Landgerichte Cassel gehörige Amt Ahne, der andere das zu eben diesem Landgerichte gehörige Amt Bauna, sodann, außer dem jenseits der Fulda gelegenen, vormals thüringischen Landesstriche, die Aemter Gudensberg, Felsberg, Homberg, Melsungen und Frankenberg, nebst Allem, was weiter gegen Mittag liegt, begriff, — das sächsische und fränkische Recht, insonderheit der Sachsen- und Schwabenspiegel, und was dem in ihnen enthaltenen Rechtssysteme weiter anhängt[26]). Die Statuten einzelner Städte, z. B. der Stadt Cassel vom Jahre 1384, und die von Johann Emmerich zu Ende des 15. Jahrhunderts aufgezeichneten Frankenbergischen Gewohnheiten sind hauptsächlich nur um deßwillen von allgemeinerem Interesse, weil aus ihnen der herkömmliche Gebrauch der erwähnten allgemeinen Rechtsnormen hervorgeht. Im Laufe des 15. Jahrhunderts fanden jedoch auch in Hessen, wie fast überall in Teutschland, jene fremden Rechte, anfänglich zwar nur in den geistlichen Gerichten, doch gegen das Ende desselben auch in

---

22) Martens, recueil de traités, Suppl. V. p. 264.

23) Beck a. a. O. II. S. 156.

24) Klüber, öffentl. Recht des teutsch. Bundes S. 811, III. Aufl.

25) Hierüber ist zu vergleichen: Pfeiffer, Ordn. der Regierungsnachfolge Th. II, §. 68. Landtagsverhandl. v. 1835 Beil. 183, S. 29. Beck a. a. O. II. S. 1 flg.

26) Diese rechtsgeschichtliche Darstellung ist hauptsächlich entnommen aus Kopp, hess. Gerichtsverf. B. I, und den Vorreden zu B. I u. II der älteren Sammlung der Landesordnungen.

den weltlichen Eingang, wiewohl noch längere Zeit hindurch im Kampfe mit den alten vaterländischen Rechten und Gewohnheiten, bis diese gegen die Mitte des neuen Jahrhunderts gänzlich unterliegen mußten. Während nämlich im Anfange des 15. Jahrhunderts von den Städten noch fest über ihren alten Gewohnheiten, vorzüglich in Ansehung der Erbfolge, gehalten wurde, sprachen die Canzleien in Gemäßheit der Hofgerichtsordn. von 1500 (deren noch speciell unten gedacht werden wird) lediglich nach den fremden Rechten, und gaben die mit diesen nicht übereinstimmenden Gebräuche für böse Gewohnheiten aus. Zwar entgingen die Nachtheile einer solchen Rechtsungewißheit der Vorsorge mehrerer der hessischen Landesfürsten nicht, und schon Landgraf Wilhelm II. beschloß daher, ein eigenes Landrecht abfassen zu lassen, zu welchem Behufe er von den Städten Nachricht wegen ihrer besonderen Gewohnheiten einziehen ließ; doch ist es damit so wenig zur wirklichen Ausführung gediehen, als mit mehreren ähnlichen Bemühungen nachheriger Regenten, unter denen hier zunächst die, von dessen Enkel, Landgraf Philipp zu Marburg, theils für sich allein, theils in Verbindung mit seinen drei fürstlichen Brüdern (Söhnen Philipp's d. Gr.) zwischen den Jahren 1581 und 1592 wirklich ausgestalteten Entwürfe eines allgemeinen Landrechtes, die jedoch gesetzliches Ansehen niemals erlangt haben, anzuführen sind. Und so ist es dahin gekommen, daß allen den urkundlichen Nachrichten, welche wir noch von den alten vaterländischen Rechten und Gewohnheiten haben, kein anderer, als blos historischer Werth zukommt, vielmehr die fremden Rechte, sofern sie nicht durch die Reichsgesetze oder einzelne Landesordnungen abgeändert worden sind, die einzige positive Entscheidungsnorm in den Gerichten abgeben, und jede in dem Gewohnheitsrechte begründete Abweichung nach den gesetzlichen Erfordernissen eines solchen in jedem Falle der Anwendung besonders nachgewiesen werden muß, so lange sich nicht darüber ein fester Gerichtsgebrauch gebildet hat. Auch von einzelnen legislatorischen Urkunden aus dieser Periode sind uns, bis zum Schlusse des 15. Jahrhunderts, nur wenige aufbehalten. Dahin gehören insonderheit vier Verordnungen noch aus dem 14. Jahrhundert[27]), und zwar drei vom Jahre 1337 in lateinischer Sprache, unter denen die vom 17. Dec. gedachten Jahres, durch welche in dem modo succedendi ab intestato das ius repraesentationis in Hessen eingeführt worden, die bemerkenswertheste ist, und eine vom 21. Febr. 1384, welche die oben bereits erwähnten Statuten für die Stadt Cassel enthält; sodann fünf Verordnungen aus dem 15. Jahrhunderte[28]), unter denen sich die Gerichtsordnung des Landgrafen Wilhelm's III. vom Jahre 1497, und die, nach dem Vorgange der Reichskammergerichtsordnung von 1495 entworfene Hofgerichtsordnung des Landgrafen Wilhelm's II. vom 24. August 1500, besonders auszeichnen. Jene beschäftigt sich zwar größtentheils mit dem gerichtlichen Verfahren, unter sichtbarer Einwirkung der fremden Rechte, enthält jedoch auch gar manches sehr Bemerkenswerthe aus dem alten einheimischen Rechte,

27) Aeltere Samml. der Landesordnungen B. I, S. 3 flg.
28) B. I. S. 5 flg.

namentlich über die Vermögensverhältnisse der Ehegatten und über die Erbfolge; doch ist es noch erheblichem Zweifel unterworfen, ob dieselbe jemals zu allgemeiner Giltigkeit gelangt sei, und gleichwohl deren spätere, vielleicht noch jetzt wenigstens theilweise fortdauernde Anwendbarkeit nicht geradezu in Abrede zu stellen[29]). Aus der Hofgerichtsordnung aber ist hier zu bemerken, daß die Mitglieder des Hofgerichtes durch ihren Eid verpflichtet wurden: nach gemeinen kaiserlichen beschriebenen Rechten, auch nach redlichen, ehrbaren Statuten, Ordnungen und Gewohnheiten unseres Fürstenthums und Landschaft, wo sie vor sie gebracht worden, zu urtheilen. Die von dieser Zeit an in weit größerer Anzahl vorkommenden Verordnungen beschäftigen sich beinahe sämmtlich mit administrativen Gegenständen; von besonderem Interesse für die eigentliche Rechtsgeschichte sind aus dieser Periode nur, außer einigen, das Gerichtsverfahren auf den Grund der Hofgerichtsordnung von 1500 weiter ausbildenden Verordnungen[30]), die Jagdordnung von 1532[31]), mehrere Edicte gegen das Zerreißen der Hufengüter, insonderheit von 1535 und 1545[32]), die eine verkürzte Nachbildung der Carolina enthaltende Halsgerichtsordnung in peinlichen Sachen vom Jahre 1535[33]), zwei Verordnungen gegen die Veräußerung und Verpfändung der Kirchen- und Pfarrgüter von 1536, 1556 und 1564[34]), die Verordnung gegen wucherliche Contracte, insonderheit rücksichtlich der wiederverkäuflichen Gülten und Fruchtzinsen, von 1537[35]), die Judenordnung von 1539[36]) und die Kirchenordnungen von 1539 und 1566[37]).

Aus der für die Kenntniß des hessischen Gesammtstaates in rechtlicher und insbesondere rechtsgeschichtlicher Hinsicht bemerkenswerthen Literatur sind hauptsächlich folgende, theilweise schon erwähnten Werke zu bezeichnen: J. Ph. Kuchenbecker, analecta Hassiaca, Collectio I—XII. Marb. 1728—42. J. G. Estor, auserl. kleine Schriften, 3 Bde. Gieß. 1734—39. Dessen neue kleine Schriften, 2 Bde. Marb. 1761. F. Ch. Schmincke, monimenta Hassiaca T. I—IV. Cass. 1747—65. Marburgische Beiträge zur Gelehrsamkeit, 5 St. Marburg 1749 u. 50. Estor, electa iur. publ. hassiac. Francof. 1752. C. Ph. Kopp, ausführl. Nachricht von der älteren und neueren Verfassung der geistlichen und Civilgerichte in den fürstl. Hessen-Casselschen Landen Th. I u. II. Cassel 1769 u. 71. Hessische Beiträge zur Gelehrsamkeit, 2 Bde. Frankf. 1785 u. 87. Ganz vorzüglich Ledderhose, kleine Schriften Th. I—III (Marb. 1787 u. 89), Th. IV. u. V. Eisenach 1792 u. 95. Ferner U. F. Kopp, Bruchst. z. Erläut. d. teutsch. Gesch. u. Rechte. Cass. 1799. B. Ch. Duysing, chronologisches

29) Vgl. Pfeiffer, pract. Ausführungen VI. S. 177.
30) Samml. der L.-O. B. II, S. 40, 448.
31) B. I, S. 58.
32) B. II, S. 142, 455.
33) Ebendas. S. 68.
34) Ebendas. S. 92, 169, 210.
35) B. I, S. 684.
36) Ebendas. S. 120.
37) B. I, S. 109, 123.

den weltlichen Eingang, wiewohl noch längere Zeit hindurch im Kampfe mit den alten vaterländischen Rechten und Gewohnheiten, bis diese gegen die Mitte des neuen Jahrhunderts gänzlich unterliegen mußten. Während nämlich im Anfange des 15. Jahrhunderts von den Städten noch fest über ihren alten Gewohnheiten, vorzüglich in Ansehung der Erbfolge, gehalten wurde, sprachen die Canzleien in Gemäßheit der Hofgerichtsordn. von 1500 (deren noch speciell unten gedacht werden wird) lediglich nach den fremden Rechten, und gaben die mit diesen nicht übereinstimmenden Gebräuche für böse Gewohnheiten aus. Zwar entgingen die Nachtheile einer solchen Rechtsungewißheit der Vorsorge mehrerer der hessischen Landesfürsten nicht, und schon Landgraf Wilhelm II. beschloß daher, ein eigenes Landrecht abfassen zu lassen, zu welchem Behufe er von den Städten Nachricht wegen ihrer besonderen Gewohnheiten einziehen ließ; doch ist es damit so wenig zur wirklichen Ausführung gediehen, als mit mehreren ähnlichen Bemühungen nachheriger Regenten, unter denen hier zunächst die, von dessen Enkel, Landgraf Philipp zu Marburg, theils für sich allein, theils in Verbindung mit seinen drei fürstlichen Brüdern (Söhnen Philipp's d. Gr.) zwischen den Jahren 1581 und 1592 wirklich veranstalteten Entwürfe eines allgemeinen Landrechtes, die jedoch gesetzliches Ansehen niemals erlangt haben, anzuführen sind. Und so ist es dahin gekommen, daß allen den urkundlichen Nachrichten, welche wir noch von den alten vaterländischen Rechten und Gewohnheiten haben, kein anderer, als blos historischer Werth zukommt, vielmehr die fremden Rechte, sofern sie nicht durch die Reichsgesetze oder einzelne Landesordnungen abgeändert worden sind, die einzige positive Entscheidungsnorm in den Gerichten abgeben, und jede in dem Gewohnheitsrechte begründete Abweichung nach den gesetzlichen Erfordernissen eines solchen in jedem Falle der Anwendung besonders nachgewiesen werden muß, so lange sich nicht darüber ein fester Gerichtsgebrauch gebildet hat. Auch von einzelnen legislatorischen Urkunden aus dieser Periode sind uns, bis zum Schlusse des 15. Jahrhunderts, nur wenige aufbehalten. Dahin gehören insonderheit vier Verordnungen noch aus dem 14. Jahrhundert[27]), und zwar drei vom Jahre 1337 in lateinischer Sprache, unter denen die vom 17. Dec. gedachten Jahres, durch welche in dem modo succedendi ab intestato das ius repraesentationis in Hessen eingeführt worden, die bemerkenswertheste ist, und eine vom 21. Febr. 1384, welche die oben bereits erwähnten Statuten für die Stadt Cassel enthält; sodann fünf Verordnungen aus dem 15. Jahrhunderte[28]), unter denen sich die Gerichtsordnung des Landgrafen Wilhelm's III. vom Jahre 1497, und die, nach dem Vorgange der Reichskammergerichtsordnung von 1495 entworfene Hofgerichtsordnung des Landgrafen Wilhelm's II. vom 24. August 1500, besonders auszeichnen. Jene beschäftigt sich zwar größtentheils mit dem gerichtlichen Verfahren, unter sichtbarer Einwirkung der fremden Rechte, enthält jedoch auch gar manches sehr Bemerkenswerthe aus dem alten einheimischen Rechte,

27) Aeltere Samml. der Landesordnungen B. I, S. 3 flg.
28) B. I. S. 5 flg.

namentlich über die Vermögensverhältnisse der Ehegatten und über die Erbfolge; doch ist es noch erheblichem Zweifel unterworfen, ob dieselbe jemals zu allgemeiner Giltigkeit gelangt sei, und gleichwohl deren spätere, vielleicht noch jetzt wenigstens theilweise fortdauernde Anwendbarkeit nicht geradezu in Abrede zu stellen[29]). Aus der Hofgerichtsordnung aber ist hier zu bemerken, daß die Mitglieder des Hofgerichtes durch ihren Eid verpflichtet wurden: nach gemeinen kaiserlichen beschriebenen Rechten, auch nach redlichen, ehrbaren Statuten, Ordnungen und Gewohnheiten unseres Fürstenthums und Landschaft, wo sie vor sie gebracht worden, zu urtheilen. Die von dieser Zeit an in weit größerer Anzahl vorkommenden Verordnungen beschäftigen sich beinahe sämmtlich mit administrativen Gegenständen; von besonderem Interesse für die eigentliche Rechtsgeschichte sind aus dieser Periode nur, außer einigen, das Gerichtsverfahren auf den Grund der Hofgerichtsordnung von 1500 weiter ausbildenden Verordnungen[30]), die Jagdordnung von 1532[31]), mehrere Edicte gegen das Zerreißen der Hufengüter, insonderheit von 1535 und 1545[32]), die eine verkürzte Nachbildung der Carolina enthaltende Halsgerichtsordnung in peinlichen Sachen vom Jahre 1535[33]), zwei Verordnungen gegen die Veräußerung und Verpfändung der Kirchen- und Pfarrgüter von 1536, 1556 und 1564[34]), die Verordnung gegen wucherliche Contracte, insonderheit rücksichtlich der wiederverkäuflichen Gülten und Fruchtzinsen, von 1537[35]), die Judenordnung von 1539[36]) und die Kirchenordnungen von 1539 und 1566[37]).

Aus der für die Kenntniß des hessischen Gesammtstaates in rechtlicher und insbesondere rechtsgeschichtlicher Hinsicht bemerkenswerthen Literatur sind hauptsächlich folgende, theilweise schon erwähnten Werke zu bezeichnen: J. Ph. Kuchenbecker, analecta Hassiaca, Collectio I—XII. Marb. 1728—42. J. G. Estor, auserl. kleine Schriften, 3 Bde. Gieß. 1734—39. Dessen neue kleine Schriften, 2 Bde. Marb. 1761. F. Ch. Schmincke, monimenta Hassiaca T. I—IV. Cass. 1747—65. Marburgische Beiträge zur Gelehrsamkeit, 5 St. Marburg 1749 u. 50. Estor, electa iur. publ. hassiac. Francof. 1752. C. Ph. Kopp, ausführl. Nachricht von der älteren und neueren Verfassung der geistlichen und Civilgerichte in den fürstl. Hessen-Cassellischen Landen Th. I u. II. Cassel 1769 u. 71. Hessische Beiträge zur Gelehrsamkeit, 2 Bde. Frankf. 1785 u. 87. Ganz vorzüglich Ledderhose, kleine Schriften Th. I—III (Marb. 1787 u. 89), Th. IV. u. V. Eisenach 1792 u. 95. Ferner U. F. Kopp, Bruchst. z. Erläut. d. teutsch. Gesch. u. Rechte. Cass. 1799. B. Ch. Duysing, chronologisches

29) Vgl. Pfeiffer, pract. Ausführungen VI. S. 177.
30) Samml. der L.-O. B. II, S. 40, 148.
31) B. I, S. 58.
32) B. II, S. 142, 455.
33) Ebendas. S. 68.
34) Ebendas. S. 92, 169, 210.
35) B. I, S. 684.
36) Ebendas. S. 120.
37) B. I, S. 109, 123.

Verzeichniß hessischer Urkunden Th. I. Rint. 1796[38]). Manches hierher Gehörige enthält auch die seit 1835 zu Cassel herauskommende Zeitschrift des Vereines für hess. Geschichte und Landeskunde, und in statistischer Hinsicht gewährt Landau's Beschreibung des Kurfürstenthums Hessen. Cassel 1842., ein sehr brauchbares Hilfsmittel. Von der mehrgedachten Sammlung der Landesordnungen ist nur die erste Hälfte des im Jahre 1766 zu Cassel herausgekommenen ersten Theiles, welcher außer den in die Zeit vor der Landestheilung fallenden Verordnungen noch einige gemeinschaftliche der 4 fürstlichen Brüder, und auch dergleichen von Ludwig zu Marburg enthält, von allgemeinerem Interesse für das gesammte Hessen. Speciell über die in den Hausverträgen begründeten Austräge der hessischen Fürsten sind einige besondere Schriften erschienen[39]), und über die hessischen Erbämter eine Abhandlung von J. J. Homberg[40]). Unter mehreren, den Successionsanspruch des Hauses Hessen auf das Herzogthum Brabant[41]) betreffenden Abhandlungen sind hier nur zu erwähnen eine solche im Jahre 1747 zu Marburg herausgekommene von J. A. Kopp, und aus der neuesten Zeit ein Aufsatz von Bernhardi, in der gedachten Zeitschrift B. III, S. 1.

Hessen-Cassel, Kurfürstenthum. I. Territorialbestand u. s. w. Ein teutscher Bundesstaat mit 728,553 Einwohnern zufolge der im Dec. 1840 stattgehabten Volkszählung. Nach der neuesten Gebietsabtheilung vom Jahre 1821[42]) begreift derselbe 4 Provinzen: Niederhessen mit Schaumburg aus 10 Kreisen (dermalen) mit 353,220, Oberhessen aus 4 Kreisen mit 118,908, Fulda aus 4 Kreisen, von denen 2, Hersfeld und Schmalkalden, zum althessischen Gebiete gehören, mit 137,780, und Hanau ebenfalls aus 4 Kreisen mit 118,645 Einwohnern bestehend. Seit der Landestheilung vom Jahre 1568, als der Entstehungszeit der hessen-cassel'schen Linie oder des jetzigen Kurhauses ist keine weitere Theilung der Besitzungen dieser Linie, außer der unter den Söhnen des Landgrafen Moritz im Jahre 1627, vorgekommen, welche jedoch eine sehr ungleiche war, sowohl der Quantität nach, indem der Erstgeborene ¾, dessen jüngere Brüder zusammen nur ¼ des Landes (die sogen. Rotenburger Quart) erhielten, als der Qualität nach, indem jenem ausschließlich die Landeshoheit über das ganze Staatsgebiet vorbehalten blieb[43]);

---

38) Letzteres enthält die schon gedruckten Urkunden von 770 bis 1328. Zu einer Fortsetzung macht die, sogleich zu erwähnende, Zeitschrift (B. I, H. 3 S. XX; B. II, H. 2, S. XI) Hoffnung. Einzelne wichtige Urkunden findet man in den gedruckten Deductionen über die marburgische Succession und über die Streitigkeiten mit dem teutschen Orden.

39) Einzeln benannt bei Kopp a. a. O. Th. I, S. 374.

40) Frankf. 1743, mit Beifügung der sich darauf beziehenden Lehnbriefe.

41) Kopp, Handbuch II. S. 136.

42) Samml. v. Gesetzen für die kurhess. Staaten, 1821, S. 69.

43) Abdruck der zw. d. reg. Haus Hessen-Cassel und der abgetheilten fürstl. rotenburgischen Linie wegen der Quart errichteten Verträge. Cass. 1762. Ein weiterer Abdruck von 1774 enthält noch Einiges mehr. Vgl. v. Rommel a. a. O. VII. S. 725, Note 664.

und auch diese Theilung ist mit dem Ableben des letzten Fürsten aus dem Hause Rotenburg im Jahre 1834 in ihrem rechtlichen Bestande wieder erloschen, wenn gleich eine Consolidation der Besitzungen desselben mit denen des regierenden Hauses, wie solche nach der Ansicht der Landstände davon die Folge gewesen wäre, seither nicht erfolgt ist, indem jene Besitzungen unter dem Titel von Hofdomänen (einem dem hessischen Staats- und Fürstenrechte bis dahin fremden Begriffe) der Verwaltung einer neu ernannten Hofdomänenkammer untergeben worden sind, in welchem factischen Verhältnisse eine Aenderung zu bewirken den nachdrücklichsten Bemühungen der Stände nicht hat gelingen wollen [44]), wiewohl eben so wenig eine Anerkennung dieses Zustandes ihrerseits stattgefunden hat, so daß also diese wichtige Streitfrage noch in unentschiedenen Rechten schwebt [45]). Das bei Entstehung der Linie Hessen-Cassel dem Stifter derselben ursprünglich zugefallene Gebiet [46]) hat jedoch seitdem sehr bedeutend an Umfang gewonnen. Außer einigen minder bedeutenden Erwerbungen [47]), sodann dem Anfalle der Herrschaft Plesse im Jahre 1571 (die jedoch 1816 an Hannover abgetreten worden), und der Herrschaft Schmalkalden im Jahre 1583 [48]), auch der theilweisen Succession in die Besitzungen der in den Jahren 1583 und 1604 kinderlos verstorbenen Landgrafen Philipp zu Rheinfels und Ludwig zu Marburg [49]) sind zu jenem Gebiete weiter hinzugekommen: die Grafschaft Schaumburg als heimgefallenes Lehen im J. 1640 [50]), die Grafschaft Hanau (nachher als Fürstenthum bezeichnet) vermöge alter Verträge im J. 1736 [51]), das Fürstenthum Fritzlar (jetzt zur Provinz Niederhessen gehörig) in Folge des lüneviller Friedens als Entschädigung für die jenseits des Rheines gelegenen Besitzungen im J. 1803 [52]), das Großherzogthum Fulda nebst einigen demselben hinzugefügten Bezirken in Folge der Verhandlungen des Wiener Congresses und der mit Preußen und Oesterreich abgeschlossenen

---

44) Die hauptsächlichsten Actenstücke über diesen Gegenstand, bestehend theils in Mittheilungen von Seiten der Staatsregierung beziehungsweise der Landesherrschaft, theils in Ausführungen von Seiten der Stände, finden sich erstere in den Landtagsverhandlungen v. 1833 bis 1835 Beil. 183, S. 25, und Beil. 197; v. 1836 u. s. w. Nr. 59, S. 1; v. 1839 Beil. 214, S. 14; letztere in den Landtagsverhandlungen v. 1833—35 Nr. 111, S. 28 flg., Beil. 183 u. 193; von 1836 u. s. w. Beil. 185, 194, 389, 390 u. 461; von 1838 Nr. 12, S. 3 flg., Nr. 13, S. 1 flg., Nr. 17, S. 10, Nr. 18, S. 18, Beil. 36, 46 u. 54; v. 1839 Nr. 61, Beil. 2, S. 2, Beil. 214 u. 225.

45) Das geschichtliche Material zur Beurtheilung dieser Streitfrage findet man vollständig zusammengetragen in der historischen Entwickelung des Verhältnisses der durch das Erlöschen der fürstl. hess.-rotenburgischen Linie erledigten Besitzungen zu dem kurhessischen Staatsgebiete, in Pölitz, Jahrbücher Jahrg. VIII, S. 193 flg., und bei v. Rommel a. a. O. VII. S. 704 flg.

46) v. Rommel a. a. O. VII. S. 622.

47) Worüber Landau a. a. O. S. 24 flg. und 27 zu vergleichen ist.

48) v. Rommel a. a. O. V. S. 627 flg.

49) Curtius, Geschichte und Statistik von Hessen S. 179, 208.

50) Ledderhose, kleine Schriften B. II, S. 143.

51) Curtius a. a. O. S. 220.

52) Neue Samml. der Landesordn. B. IV, S. 409.

Verträge, gegen einige minder bedeutende Districte, im J. 1816[53]); die fürstlich und gräflich isenburgischen (standesherrlichen) Besitzungen und einige andere Ortschaften durch Vertrag mit dem Großherzoge von Hessen, als Ersatz für verschiedene dagegen abgegebene Ländertheile, im J. 1816[54]); endlich Stadt und Gebiet Volkmarsen (Prov. Niederhessen) durch einen Vertrag mit Preußen im J. 1807[55]). Auch gingen noch durch einen Staatsvertrag mit Hannover vom 3. Febr. 1832 einige Ortschaften an Kurhessen über[56]). — Kurhessen war, nach der im Nov. 1806 eingetretenen Occupation durch die Franzosen in Gemäßheit des Tilsiter Friedens vom Jahre 1808 an in seinem damaligen Bestande, mit Ausnahme der Grafschaft Hanau, dem Königreiche Westphalen einverleibt, und letztere mit dem Großherzogthume Frankfurt vereinigt worden. Vermöge des Accessionsvertrages vom 2. Dec. 1813[57]) erhielt der Kurfürst sein Land unter Garantie der verbündeten Fürsten, jedoch mit dem Vorbehalte zurück, sich in dieser Hinsicht den zum Zwecke der Erlangung des Friedens und Aufrechthaltung der Unabhängigkeit Teutschlands erforderlichen weiteren Bestimmungen zu unterwerfen, wovon als Folge die oben erwähnten Territorialveränderungen anzusehen sind. — Der Kurfürst hat seit 1814, neben diesem Titel mit dem Prädicate königliche Hoheit, auch den eines souveränen Landgrafen von Hessen[58]), und seit 1816 den eines Großherzogs von Fulda und Fürsten von Isenburg[59]) angenommen.

II. Allgemeine Rechtsquellen und Literatur. Als Grundnormen des öffentlichen Rechtes für die Besitzungen der hessen-cassel'schen Linie oder des dermaligen Kurhauses kommen hauptsächlich die Testamente und Verträge der Landesfürsten, die Landtagsabschiede und die landesherrlichen, theilweise unter Mitwirkung der Landstände erlassenen Verordnungen in Betracht. Dem oben bereits erwähnten Testamente Philipp's d. Gr., nebst dem darauf gegründeten fürstlichen Brüdervergleiche, folgt zunächst das Testament Wilhelm's IV., des Stifters jener Linie vom 25. Juni 1586, worin derselbe unter Anderem die Unveräußerlichkeit des Landes und der Kammergüter, unter Garantie der Landstände, auch seines Vaters Stiftungen, und alle Hausverträge bekräftigte[60]); sodann gehören dahin mehrere Verträge mit dem verbrüderten Hause Hessen-Darmstadt, deren unter dem Artikel Hessen schon gedacht worden, ferner die oben bereits erwähnten Verträge zwischen den fürstlichen Söhnen des

---

53) Samml. v. Gesetzen f. Kurhessen v. 1816 S. 8 u. 53. Martens l. c. Suppl. VII. p. 331. 408.

54) Gesetzsamml. S. 89. (Wo kein Jahrgang genannt ist, gilt diese einfache Bezeichnung von demjenigen, in welchen die betreffende gesetzliche Bestimmung fällt.)

55) Gesetzsamml. S. 105.

56) Gesetzsamml. S. 227.

57) Martens l. c. Suppl. V. p. 651.

58) Gesetzsamml. 1814 S. 7, 1815 S. 110, 127. Ebenso in der teutschen Bundesacte bezeichnet: Klüber, Quellensamml. I. S. 146, 151.

59) Gesetzsamml. 1816 S. 5, 179.

60) v. Rommel a. a. O. V. S. 832 flg.

Landgrafen Moritz (Hauptvertrag vom 12. Febr. 1629), wodurch mittelst Einführung der auch von Kaiser und Reich bestätigten Primogenitur[61]) den jüngeren Prinzen die sogen. rotenburger Quart zu ihrer Abfindung gegeben wurde; ein Vertrag vom 9. Febr. 1685 zwischen den fürstl. Söhnen des Landgrafen Wilhelm's IV., wodurch die Philippsthal'sche Linie gestiftet wurde, und zwei weitere auf die derselben zugesicherte Apanage sich beziehende Verträge vom 17. Jan. 1733 und 31. März 1791[62]); endlich ein Vertrag zwischen Landgraf Wilhelm IX. — seit 1803 zur Kurwürde gelangt[63]) — und seinen fürstlichen Brüdern vom 6. Juni 1786[64]). Landtagsabschiede finden sich mehrere in der Sammlung der Landesordnungen, namentlich die von 1576, 1655, 1731, 1786 und 1798 auszugsweise[65]), die neueren von 1831, 1833 und 1841 ihrem ganzen Inhalte nach in der Gesetzsammlung[66]) abgedruckt; nähere Nachweisungen über die älteren bis zum Jahre 1626 findet man bei v. Rommel[67]), und sowohl über diese, als über die weiteren bis zu dem von 1798 — indem der Landtag von 1816 ohne einen solchen beendigt wurde — in Pfeiffer's Gesch. der landst. Verf. an den geeigneten Stellen. Die landesherrlichen Verordnungen von 1337 bis 1806 sind enthalten in der (auf landständische Veranlassung) seit 1766 zu Cassel herausgekommenen: Sammlung fürstl. hessischer Landesordnungen und Ausschreiben u. s. w.[68]), in 8 Foliobänden, deren letzter im Jahre 1816 erschienen ist. Eine neuere Quartausgabe in 4 Bänden, nebst vollständigem Register, in den Jahren 1828 bis 1839 herausgegeben, beschränkt sich auf das dermalen noch Brauchbare. Bemerkenswerth sind die bei den wichtigsten Gegenständen der Gesetzgebung von dem Herausgeber (O.-A.-R. Kulenkamp) hinzugefügten allgemeinen Uebersichten, auf deren hauptsächlichste unten noch Bezug genommen werden wird. Welche der in jener Sammlung enthaltenen Verordnungen unter Mitwirkung der Landstände erfolgt sind, findet man bei Pfeiffer[69]) angegeben, auch ist von demselben die Frage: inwieweit dem Inhalte derselben gesetzliche Kraft beizulegen sei, in dessen practischen Ausführungen[70]) einer genauen Prüfung unterworfen. An jene Sammlung reiht sich die mit dem Jahre 1814, nach Beendigung der westphälischen Zwischenregierung, begonnene Sammlung von Gesetzen, Verordnungen, Ausschreiben und sonstigen

61) Kaiserl. Privileg. v. 17. März 1628. Instrum. pac. osnabr. art. 15. §. 15. J. R. Absch. §. 190. Ledderhose a. a. O. III. S. 157 flg.

62) Kopp, Handb. der kurhess. Landesverf. Th. VII, S. 336 flg. Landtagsverhandl. v. 1832 Beil. XCVI, S. 3.

63) R. S. d. L.-O. IV. S. 448.

64) Erwähnt in den Landtagsverhandl. a. a. O. S. 5.

65) R. S. d. L.-O. I. S. 19, 63, 298; IV. S. 23, 276.

66) 1831 S. 92, 1833 S. 189, 1841 S. 45.

67) B. V. S. 239 flg., 263; B. VII, S. 101 flg., 143, 693.

68) Ein sehr günstiges Urtheil über diese Sammlung fällt Pütter, in den Erört. und Beisp. zum teutsch. Staats- und Fürstenrechte Th. II, S. 384.

69) Landst. Gesch. S. 104 u. 175.

70) B. VI, S. 162 flg.

allgemeinen Verfügungen für die kurhessischen Staaten, bis jetzt in 9 Quartbänden, zu welchem letzten jedoch Titel und Register noch nicht ausgegeben sind, bestehend [71]). Die Kenntniß von der practischen Ausbildung des kurhessischen Rechtes ist, besonders auch mit Rücksicht auf die den Oberappellationsgerichtspräjudicien gesetzlich beigelegte Wirksamkeit [72]) wesentlich gefördert worden durch die in den Jahren 1768 und 1771 herausgegebenen Decisiones supremi tribunalis Hasso-Cassellani T. I. II., deren Fortsetzung, ungeachtet sie durch ein landständisches Desiderium von 1798 [73]) ausdrücklich beantragt worden, bis zum Jahre 1821 unterblieb, wo noch ein 3. Band erschienen ist [74]). Gleichen Inhaltes, jedoch mit wissenschaftlicher Bearbeitung der mitgetheilten Rechtsfälle, sind die practischen Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft, mit Erkenntnissen des Oberappellationsgerichtes zu Cassel, von B. W. Pfeiffer, wovon 6 Bände in Quart während der Jahre 1825 bis 1841 herausgekommen sind. Henkel's bemerkenswerthe Rechtsfälle, Entscheidungen und andere Mittheilungen aus der kurhessischen Rechtspflege, 3 Hefte von 1839 bis 1842, beschränken sich auf den einfachen Abdruck dieser Gegenstände. Ein demselben Stoffe gewidmetes Werk von Strippelmann: neue Samml. bemerkensw. Entscheidungen des Oberappellationsgerichtes zu Cassel, wovon der erste Theil vor kurzem erschienen ist, schlägt die Mittelstraße zwischen den letztgedachten und den erwähnten practischen Ausführungen ein. Ein vorzügliches Hilfsmittel zum Studium des kurhessischen Rechtes aus der Zeit bis 1807 gewährt U. F. Kopp's Handb. zur Kenntniß der hessen-cassel'schen Landesverfassung und Rechte in alphabetischer Ordnung (fortgesetzt von Wittich), 7 Bände, 1796 bis 1808, welches jedoch mit dem Artikel Rauchtabak schließt. Sodann gehören hierher noch, außer einer großen Anzahl einzelner Dissertationen über hessisches Recht: A. L. Hombergk, commentationes iuris hass. de successione coniugum, tutela materna, et usufructu coniugis superstitis in bonis praedefuncti etc. Marb. 1781 [75]). Gärtner, medit. pract. ex iure comm. et hassiac. Sp. 1. 2. Marb. 1785. C. F. Wittich, delineatio iuris civilis in terris Hass. Cassel. 2 Bdchn. Cassel 1791—93. [76]). B. Ch. Duysing, Annalen der Gesetzgebung, Rechtsgelehrsamkeit und Rechtspflege in den kurhessischen Landen B. I u. II. Rinteln 1804 u. 1814. Dessen neue Annalen u. s. w. B. I. Rinteln 1817. Zeitschrift für Recht und Gesetzgebung in Kurhessen H. 1, 2. Cassel 1836, 1837.

---

71) Die in derselben enthaltenen Verordnungen u. s. w. sind auch einzeln in der Waisenhausbuchdruckerei zu haben.

72) R. S. d. L.-O. II. S. 370.

73) R. S. d. L.-O. IV. S. 278.

74) Außer dieser Folioausgabe gibt es auch eine in Quart, welche 17 Bände enthält.

75) Vgl. hierüber Kopp, Handb. VII. S. 112. Pfeiffer, pract. Ausf. II. S. 194 flg.

76) Die beiden letztgenannten Schriften sind bald nach ihrem Beginnen nicht weiter fortgesetzt worden.

III. Staatsverfassung. Neben den obigen älteren Grundnormen des öffentlichen Rechtes für Kurhessen, kommt aus der Zeit vor der neuen Verfassung hauptsächlich noch das kurf. Haus- und Staatsgesetz vom 4. März 1817[77]) in Betracht, indem durch dieses mehrere der in dem Constitutionsentwurfe, welcher den Landständen auf deren wiederholten Antrag im Jahre 1816 vorgelegt und von denselben, wiewohl erfolglos, berathen worden[78]), enthaltenen Bestimmungen zuerst positiv und auf eine auch für die Regierungsnachfolger verbindliche Weise ausgesprochen wurden. Ein vollständig umfassendes Fundamentalgesetz für die gegenwärtige Staatsverfassung bildet aber die Verfassungsurkunde vom 5. Jan. 1831[79]). Als practische Hilfsmittel einerseits für die Erläuterung, andererseits für die richtige Anwendung einzelner Bestimmungen derselben, dienen vorzugsweise die gedruckten Landtagsverhandlungen, sowohl die der Verfassungsurkunde unmittelbar vorausgegangenen und gefolgten, von 1830 und 1831, als die nachherigen, namentlich von 1831 und 1832 in 10 Abtheilungen, von 1833 in 1 Heft und 3 Bänden, von 1833 bis 1835 in 6 Bänden, von 1836 bis 1838 in 4 Bänden und 3 Bänden Beilagen, von 1838 in 1 Band, von 1839 bis 1841 in 2 Bänden und 3 Bänden Beilagen; als doctrinelle Hilfsmittel: Pfeiffer, Geschichte der landständ. Verfassung in Kurhessen. Cassel 1834. Murhard's Handbuch über die kurhess. Verfassungsurkunde, 2 Bde. Cassel 1834 und 1835. — Bei der Mittheilung der wesentlichsten Bestimmungen der Verfassungsurkunde nach ihren einzelnen Abschnitten erscheint es, um dadurch alsbald eine erschöpfende Uebersicht der dermaligen Staatseinrichtung in ihren wesentlichsten Bestandtheilen zu gewähren, wohl gewiß als zweckmäßig, wenn gleich nicht einer streng systematischen Anordnung dieses Aufsatzes entsprechend, jener Mittheilung sogleich, neben den erforderlichen historischen Notizen, die positiven oder negativen Ergebnisse der durch die Einführung der Verfassungsurkunde in das Leben veranlaßten Thätigkeit der gesetzgebenden Behörde anzureihen, obwohl Manches davon erst den späteren Hauptrubriken angehört.

1. Abschn. Von dem Staatsgebiete, der Regierungsform, Regierungsnachfolge und Regentschaft. Aus diesem Abschnitte ist besonders hervorzuheben die Bestimmung des §. 1: Daß sämmtliche kurhessischen Lande immer ein untheilbares und unveräußerliches, in einer Verfassung vereinigtes Ganzes, und einen Bestandtheil des teutschen Bundes bilden. Die Untheilbarkeit und Unveräußerlichkeit beruht, dem Obigen zufolge, auf den ältesten Landesgrundgesetzen[80]); die dießfalls in der Verfassungsurkunde theils im gedachten §., theils im §. 142 vorbehaltenen Modificationen sind ausdrücklich für abhängig von der landständischen Zustim-

---

77) Gesetzsamml. S. 29.

78) Gedruckte Landtagsverhandlungen von 1815 u. 1816. Pfeiffer, landst. Gesch. §. 33.

79) Gesetzsamml. S. 1.

80) Vgl. auch den oben erwähnten Aufsatz in Pölitz, Jahrbücher VIII. S. 193 flg., §. 3.

mung erklärt. Nach §. 94 bedarf auch die Belastung des Staatsgebietes mit Schulden oder auf sonstige Art, der Einwilligung der Stände. Die Eigenschaft des Kurstaates als Bestandtheil des teutschen Bundes bringt es mit sich, daß darin die Bundesbeschlüsse, sobald dieselben von dem Landesherrn in gehöriger Weise verkündigt worden[81]), allgemein verbindende Kraft haben. An der Bundesversammlung nimmt Kurhessen Theil mit 3 Stimmen im Plenum und einer Virilstimme im engeren Rathe[82]). — Weiter §. 2: Die Regierungsform bleibt, so wie bisher, monarchisch, und es besteht dabei eine landständische Verfassung. Für Althessen lag darin nur die wiederholte Anerkennung der von jeher bestandenen Beschränkung der landesherrlichen Gewalt durch die Landstände, deren thätige Theilnahme an den wichtigsten Angelegenheiten des öffentlichen Lebens selbst bis über die Zeit der Entstehung der Landeshoheit des fürstlichen Hauses hinaufreicht[83]). Auch die Grafschaft Schaumburg hatte bereits früher eine eigene landständische Verfassung. Ueber die frühere Einrichtung gibt Ledderhose[84]) ausführliche Nachricht. In Hanau waren gar keine Landstände, und in Fulda vertrat vormals das Domcapitel deren Stelle. Zum Zwecke der Berathung über den neuen Verfassungsentwurf wurden jedoch nicht nur die althessischen und schaumburgischen Stände vereint einberufen, sondern mit deren vorgängiger Zustimmung auch Abgeordnete aus den übrigen bisher nicht vertretenen Gebietstheilen zugezogen[85]), und auf diesem Wege ward ein Staatsgrundgesetz erlangt, von welchem, wie oben erwähnt, gesagt werden konnte, daß nunmehr alle kurhessischen Lande in einer Verfassung vereinigt seien. — §. 5: Der Landesherr wird volljährig, sobald er das 18. Jahr zurückgelegt hat. Dieser Volljährigkeitstermin war schon durch ein kaiserliches Privilegium vom 7. Juli 1654 festgesetzt[86]). — §. 6: Der Regierungsnachfolger hat bei dem Regierungsantritte die Aufrechthaltung der Staatsverfassung urkundlich zu geloben.

2. Abschn. Von dem Landesfürsten und den Gliedern des Fürstenhauses. §. 10: Der Kurfürst ist das Oberhaupt des Staates, vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt und übt sie auf verfassungsmäßige Weise aus. Gegenwärtig befindet sich in dieser Ausübung, vermöge Gesetzes vom 30. Sept. 1831[87]), der Kurprinz-Mitregent, welchem der Kurfürst während seiner Abwesenheit die alleinige Besorgung aller Regierungsgeschäfte übertragen hat. — §. 12: Kein Prinz und keine Prinzessin des Hauses darf ohne Einwilligung des Landesherrn sich vermählen. — §. 14 flg.: Zur Festsetzung oder Erhöhung von Apanagen ist die landständische Zustimmung erforderlich. Eine solche Erhöhung ist bereits auf

---

81) Pfeiffer, pract. Ausf. II. S. 414.
82) Klüber, öffentl. Recht des teutsch. Bundes §. 120 u. 121, III. Aufl.
83) Pfeiffer, landst. Gesch. §. 28 vgl. mit §. 1.
84) Kl. Schr. I. S. 9 flg. Vgl. auch Estor, opusc. de comitiis et ordinibus Hassiae, als Anhang der Electa.
85) Pfeiffer a. a. O. §. 89.
86) Ledderhose a. a. O. III. S. 163.
87) Gesetzsamml. S. 127.

den Antrag der Landstände den Landgrafen von Philippsthal bewilligt worden[88]. — §. 18: Die Aussteuer der Prinzessinnen wird aus der Staatscasse bezahlt.

3. Abschn. Von den allgemeinen Rechten und Pflichten der Unterthanen. §. 25: Die Leibeigenschaft ist und bleibt aufgehoben, vorbehaltlich der von ihr herrührenden Abgaben. — §. 29: Die Verschiedenheit des christlichen Glaubensbekenntnisses hat auf den Genuß der bürgerlichen und staatsbürgerlichen Rechte keinen Einfluß. Die besonderen Verhältnisse der Israeliten sollen gleichförmig für alle Gebietstheile durch ein Gesetz geordnet werden. Ein solches Gesetz ist am 29. Oct. 1833 erlassen worden[89]. — §. 31: Die Freiheit der Person und des Eigenthums unterliegt keiner anderen Beschränkung, als welche das Recht und die Gesetze bestimmen[90]. — §. 32: Das Eigenthum und sonstige Rechte können für öffentliche Zwecke nur in den gesetzlichen Fällen und Formen gegen vorgängige volle Entschädigung in Anspruch genommen, über Nothfälle, in denen nachfolgende Entschädigung stattfindet, soll ein besonderes Gesetz erlassen werden. Zur Vollziehung dieses §. ist am 30. Oct. 1834 ein ausführliches Gesetz[91] erschienen, und durch ein weiteres vom 11. Juli 1837[92] für anwendbar auf die Eisenbahnen erklärt worden. — §. 33: Jagd-, Waldcultur- und Deichdienste u. s. w. sollen, mit Entschädigung der Privatberechtigten von Seiten des Staates, nicht mehr stattfinden; die übrigen ungemessenen Hof-, Kameral- und gutsherrlichen Frohnen in gemessene umgewandelt werden, und alle gemessenen ablösbar sein; die Last der Landfolgedienste, insoweit diese gesetzlich fortbestehen, soll auf den wirklichen Bedarf gemindert werden. Jene Entschädigung ist sodann durch ein Gesetz vom 29. Febr. 1832[93], und durch ein solches vom 23. Juni 1832[94] die Ablösung der gemessenen und Regulirung der ungemessenen Dienste festgesetzt worden. — §. 34: Alle Grundzinsen, Zehnten und übrigen gutsherrlichen Leistungen, auch andere Reallasten, sind ablösbar. Das vorerwähnte Gesetz vom 23. Juni 1832, vervollständigt durch ein solches vom 31. März 1835[95], begreift auch den Gegenstand dieses §., und ein Gesetz vom 2. April 1835[96] bestimmt die Umwandlung und Ablösung der Triftabgaben. Zur Erleichterung der Ablösung in den beiden Fällen des §. 33 und 34 aber dient wesentlich das die Errichtung einer Landescreditcasse (für deren Verbindlichkeiten der Staat mit seinem ganzen Vermögen haftet) betreffende Gesetz vom 23.

88) Landtagsverhandl. v. 1832 Nr. 137, S. 2055 flg., Beil. XCVIb u. CVI.
89) Gesetzsamml. S. 144.
90) Ueber die Auslegung dieser Bestimmung vgl. Pfeiffer, pract. Ausf. V. S. 521 flg.
91) Gesetzsamml. S. 163.
92) Gesetzsamml. S. 19.
93) Gesetzsamml. S. 59.
94) Gesetzsamml. S. 149.
95) Gesetzsamml. S. 9.
96) Gesetzsamml. S. 11.

Juni 1832 [97]). — §. 36: Ausschließliche Handels- und Gewerbsprivilegien sollen ohne Zustimmung der Landstände nicht mehr ertheilt werden; die Aufhebung der bestehenden Monopole, so wie der Bann- oder Zwangsrechte, ist durch ein besonderes Gesetz zu bewirken. Bis jetzt ist jedoch nur über die Aufhebung des Mühlenbannes ein Gesetz, und zwar erst am 30. Dec. 1837 [98]), erschienen. — §. 37: Die Freiheit der Presse und des Buchhandels wird in ihrem vollen Umfange stattfinden; es soll jedoch zuvor gegen Preßvergehen ein besonderes Gesetz alsbald erlassen werden. Die Censur ist nur in den durch die Bundesgesetze bestimmten Fällen zulässig. Der durch das bedingende „zuvor" veranlaßte negative Zustand dauert, ohne Rücksicht auf das hinzugefügte „alsbald" auch jetzt noch fort [99]). Doch ist hierdurch, nach einem Erkenntnisse des Oberappellationsgerichtes [100]), die unverzügliche Vollziehung des obigen letzten Satzes nicht für abhängig von der vorgängigen Erlassung des erwähnten Gesetzes zu halten. Die Ausübung der Censur nach den Bundesgesetzen regeln die Ausschreiben der Regierung vom 22. Nov. 1819 und des Staatsministeriums vom 30. Sept. 1824, deren ersteres den diesfälligen Bundesbeschluß mittheilt, in Verbindung mit dem Regierungsausschreiben vom 14. Juni 1816 [101]). — §. 40: Ueber die Verbindlichkeit zum Kriegsdienste ist alsbald ein Gesetz zu erlassen; in diesem soll die Dienstzeit für das active Heer nicht über 5 Jahre, außer dem Falle des Krieges, ausgedehnt, und die Stellvertretung für zulässig erklärt werden; außerdem ist noch die Einrichtung der Bürgerbewaffnung in den Stadt- und Landgemeinden gesetzlich zu bestimmen. In dem hierauf am 10. Juli 1832 erfolgten Recrutirungsgesetze [102]) ist das Eintrittsalter auf die Vollendung des 20. Lebensjahres, die regelmäßige Dienstzeit aber auf 4 Jahre im activen Dienste und 1 Jahr in der Reserve festgesetzt. Eine Umarbeitung dieses Gesetzes erschien am 25. Oct. 1834, worauf auch ein Gesetz vom 31. März 1838 sich bezieht [103]). Ein die Bürgergarden betreffendes Gesetz war schon am 23. Juni 1832 [104]) erlassen worden.

4. Abschn. Von den Gemeinden und den Bezirksräthen. Nach §. 42 sollen die Rechte und Verbindlichkeiten der Gemeinden in einer besonderen Städte- und Gemeindeordnung alsbald festgesetzt und darin die freie Wahl ihrer Vorstände und Vertreter, die selbstständige Verwaltung des Gemeindevermögens und der örtlichen Einrichtungen, unter Mitaufsicht ihrer besonders erwählten Ausschüsse, die Bewirkung der Aufnahme in den Gemeindeverband und die Befugniß zur Bestellung der Gemeindediener zum Grunde gelegt, auch die Art der oberen Aufsicht der Staats-

97) Gesetzsamml. S. 175.
98) Gesetzsamml. S. 147.
99) Vgl. hierüber Pfeiffer, landst. Gesch. S. 132 flg.
100) Pfeiffer, pract. Ausf. V. S. 248 u. 831 flg., wo mehrere seit der V.-U. vorgekommene Anwendungsfälle mitgetheilt werden.
101) Gesetzsamml. 1816 S. 73, 1819 S. 74, 1824 S. 92.
102) Gesetzsamml. S. 183.
103) Gesetzsamml. 1834 S. 113, 1838 S. 14.
104) Gesetzsamml. S. 121.

behörden näher bestimmt werden. Die erst am 23. Oct. 1834[105]) nach dreimaliger erfolgloser Berathung anderer den Ständen von der Staatsregierung vorgelegten Entwürfe, deren nachfolgender immer weniger günstig für das Gemeindeinteresse als der vorhergehende war, erschienene Gemeindeordnung für die Städte und die Landgemeinden stellt wohl eine der mindest erfreulichen Partien der gesetzlichen Fortbildung unseres Verfassungsrechtes dar, indem die Bestimmungen derselben mit den durch die Verfassungsurkunde bereits gegebenen Grundlagen nur, wenn man diesen die allerbeschränkteste Deutung beilegt, in Einklang zu bringen sind[106]), und insbesondere die durchgehends vorbehaltene Einwirkung der Aufsichtsbehörde als sehr störend für die Entwickelung eines selbstständigen Gemeindelebens, wie es die Verfassungsurkunde gewollt zu haben schien, betrachtet werden muß; doch ist wenigstens der zwiefache Grundsatz von dem Oberappellationsgerichte ausgesprochen worden, daß die Ausübung der oberen Aufsicht des Staates auf die in der Gemeindeordnung bestimmten Fälle beschränkt sei, und jedenfalls keinen Grund abgeben könne, die Gemeinden in der Ausübung der ihnen zustehenden Rechte zu beeinträchtigen[107]). Nach §. 48 sollen besondere Bezirksräthe gebildet werden; auch wurde der Entwurf eines dießfallsigen Gesetzes den Ständen vorgelegt, von diesen zur Berathung gezogen, sodann aber von der Staatsregierung zurückgenommen; auch hat eine spätere Erinnerung keinen Erfolg gehabt[108]).

5. Absch n. Von den Standesherren u. s. w. und den ritterschaftlichen Körperschaften. §. 49: Die Rechtsverhältnisse der Standesherren sollen in Gemäßheit der bundesgesetzlichen Bestimmungen nach vorgängiger Verständigung mit jenen durch ein Edict geordnet und dieses, nachdem dessen Inhalt von den Landständen der Verfassung entsprechend befunden worden, unter deren Schutz gestellt werden. Ein solches Edict wurde am 29. Mai 1833 von der Staatsregierung erlassen[109]); sodann der Ständeversammlung zu der Erklärung, daß sein Inhalt der Verfassung entsprechend sei, vorgelegt, diese jedoch verneinend von derselben ertheilt, und bei der Berichterstattung hierüber ausdrücklich bemerkt, daß ohne eine solche bejahende Erklärung das Edict blos als Verordnung, nicht als Gesetz gelten könne. Inmittelst hat das Oberappellationsgericht mehrmals seinen Entscheidungen über standesherrliche Verhältnisse die k. bayer'sche Declaration von 1807 in Gemäßheit des Art. 14 der teutschen Bundesacte zum Grunde gelegt. Von den nach §. 50 mit gleichem Vorbehalte in Beziehung auf die Landstände zu entwerfenden Statuten für die Ritterschaft ist bisher nicht die Rede gewesen.

6. Absch n. Von den Staatsdienern. §. 55: Alle erledigten Stellen sollen so bald als thunlich dem betreffenden Etate gemäß wieder besetzt

105) Gesetzsamml. S. 181. Eine authentische Interpretation des §. 28 der G.-O. erfolgte durch ein Gesetz v. 6. Aug. 1840. Gesetzsamml. S. 47.
106) Vgl. auch Pfeiffer, landst. Verf. S. 305.
107) Pfeiffer, pract. Ausf. V. S. 601 flg.
108) Landtagsverhandl. v. 1833 u. s. w. Nr. 2, S. 8, Nr. 20, S. 11, Nr. 88, S. 30, Beil. II u. XLII; v. 1836 u. s. w. Nr. 67, S. 13.
109) Gesetzsamml. S. 113.

werden. Dergleichen Etate sind für beinahe sämmtliche Dienstzweig durch Vereinbarung mit den Landständen festgesetzt worden[110]); nähere Bestimmungen in Ansehung des damit verbundenen Diensteinkommens enthält der Landtagsabsch. v. 31. Oct. 1833, §. 7[111]). — §. 56: Ohne Urtheil und Recht darf kein Staatsdiener abgesetzt oder wider seinen Willen entlassen, noch demselben sein rechtmäßiges Diensteinkommen vermindert oder entzogen werden. Das wesentlichste dieser Bestimmung war schon in dem oben erwähnten Haus- und Staatsgesetze von 1817, §. 4[112]), enthalten. — §. 57: Jeder Staatsdiener muß sich Versetzungen, welche seinen Fähigkeiten oder seiner bisherigen Dienstführung entsprechen, aus höheren Rücksichten des Staates, ohne Verlust an Rang und Gehalt, gefallen lassen. Das Oberappellationsgericht hat es hiernach für eine verfassungsmäßige Bedingung der Versetzung erklärt, *daß die neue Stelle eine der Dienstkategorie des Versetzten entsprechende, oder auf derselben Stufe der Diensthierarchie desselben Dienstzweiges befindliche sei*[113]). — §. 58: Diejenigen Staatsdiener, welche wegen Altersschwäche oder anderer Gebrechen ihre Berufspflichten nicht mehr erfüllen können, und daher in den Ruhestand versetzt werden, sollen eine angemessene Pension nach Maßgabe des Staatsdienstgesetzes erhalten. — §. 61: Ein jeder Staatsdiener bleibt hinsichtlich seiner Amtsverrichtungen verantwortlich, und kann wegen Verfassungsverletzung oder gröblicher Hintansetzung seiner Berufspflichten von den Landständen oder deren Ausschusse bei der zuständigen Gerichtsbehörde angeklagt werden. — §. 62: Das Staatsdienstgesetz soll unter dem Schutze der Verfassung stehen. Dasselbe wurde hierauf am 8. März 1831[114]) erlassen. Sehr zahlreiche Oberappellationsgerichtserkenntnisse aus dem ganzen Bereiche des Staatsdienerverhältnisses theilt Pfeiffer[115]) mit.

7. Abschn. Von den Landständen. §. 63: Die Ständeversammlung wird gebildet durch die apanagirten Prinzen des Kurhauses, die Standesherren, den Senior der Familie v. Riedesel, einen Obervorsteher der Stifter Kaufungen und Wetter, einen Abgeordneten der Landesuniversität, 8 Abgeordnete der Ritterschaft, 16 Abgeordnete der Städte und 16 Abgeordnete der Landbezirke. Die hiernach in eine Kammer vereinigten Stände bildeten in ehemaligen Zeiten 3 Curien: die der Prälaten, Ritter und Städte; durch die Verordnung vom 27. Dec. 1814[116]) wurde auch der Bauernstand hinzugefügt, dessen Abgeordnete zuerst auf den Landtagen von 1815 und 1816 erschienen. Die frühere Ausschließung der Katholiken (mit Ausnahme des Teutschordenscomthurs) auf den hessischen Landtagen[117]) ist gegenwärtig ohne Anwendung. — §. 71:

110) Landtagsverhandl. v. 1834 Nr. 41 und Beil. LXXXVI.
111) Gesetzsamml. S. 197. Vgl. auch Pfeiffer, pract. Ausf. V. S. 483; VI. S. 140 flg.
112) Gesetzsamml. S. 30.
113) Pfeiffer, pract. Ausf. V. S. 258, Nr. 4.
114) Gesetzsamml. S. 69.
115) Pract. Ausf. V. S. 251, §. 5; VI. S. 93 flg.
116) Gesetzsamml. S. 94.
117) Ledderhose a. a. O. I. S. 17.

Gewählte Staatsdiener bedürfen der Genehmigung ihrer vorgesetzten Behörde. Ueber die Grenzen der Ausübung dieses Rechtes haben mehrfache Streitigkeiten mit den Landständen stattgefunden; und es ist sogar deßfalls zu Ministeranklagen gekommen, die jedoch zu keiner Entscheidung der streitigen Verfassungsfrage geführt haben[118]). — §. 72: Die einzelnen Vorschriften über die Ausübung der Wahlrechte setzt ein Wahlgesetz fest, welches einen Theil der Staatsverfassung bildet. Ein solches Gesetz erfolgte schon am 16. Febr. 1831, und darauf bezieht sich ein weiteres Gesetz vom 30. Dec. 1837[119]). — §. 77: Die Verhandlungen der Ständeversammlung sollen der Regel nach öffentlich sein. Die näheren Bestimmungen über die landständische Geschäftsbehandlung enthält die Geschäftsordnung. Eine solche wurde in Gesetzesform erlassen am 16. Febr. 1831, und darauf bezieht sich ein weiteres Gesetz, die Legitimation der Landstände betreffend, vom 25. Nov. 1831[120]). Ueber den Umfang der Oeffentlichkeit der Verhandlungen sind ebenfalls mehrmals Differenzen mit den Ständen vorgekommen[121]). — §. 80: Die Zusammenberufung der Stände muß wenigstens alle 3 Jahre geschehen. — §. 81: Die Unterlassung der zeitigen Einberufung der Ständeversammlung berechtigt den ständischen Ausschuß zur Anklage gegen den Minister des Inneren. Eine Anklage dieser Art wurde im Jahre 1835 versucht, jedoch wegen Mangels der factischen Voraussetzungen ohne Erfolg[122]). — §. 82: Bei einem Regierungswechsel treten die Landstände ohne besondere Berufung zusammen. — §. 83: Der Landesherr kann die Ständeversammlung vertagen, auch sie auflösen; ersteres jedoch nicht über 3 Monate, im letzteren Falle mit Einberufung der neuen Stände innerhalb 6 Monaten. — §. 88: Die Mitglieder der Ständeversammlung, mit Ausnahme der Prinzen des Kurhauses, so wie der Standesherren, erhalten angemessene Reise- und Tagegelder. Auch in Beziehung auf diesen §. hat, wegen dessen Vollziehung mittelst einseitiger Verordnung, eine Ministeranklage stattgefunden, die jedoch ebensowohl, hauptsächlich aus factischen Gründen, zurückgewiesen worden ist[123]). — §. 95: Ohne Beistimmung der Stände kann kein Gesetz gegeben, aufgehoben, abgeändert oder authentisch erläutert werden. Verordnungen, welche die Handhabung oder Vollziehung bestehender Gesetze bezwecken, werden von der Staatsregierung allein erlassen. — §. 100: Die Landstände sind befugt, aber auch verpflichtet, diejenigen Vorstände der Ministerien, welche sich einer Verletzung der Verfassung schuldig gemacht haben, vor dem Oberappellationsgerichte anzuklagen[124]). Beispiele solcher Anklagen,

118) Landtagsverhandl. v. 1833 Nr. 29, S. 45 u. 54, Beil. LXVI, S. 8, 9. u. 13 flg.; v. 1833 u. f. w. Beil. LXI, S. 10; v. 1836 u. f. w. Beil. 20, S. 69. Pfeiffer, landst. Gesch. S. 313 flg.

119) Gesetzsamml. 1831 S. 33, 1837 S. 141.

120) Gesetzsamml. S. 45, 136.

121) Worüber vorzugsweise zu vergleichen sind Landtagsverhandl. v. 1839 u. f. w. Nr. 3, S. 13, Nr. 22, S. 6, Beil. 15, 24, 28 u. 62.

122) Landtagsverhandl. v. 1836 u. f. w. Beil. 20, S. 72 u. 79.

123) Landtagsverhandl. v. 1839 u. f. w. Nr. 21, Beil. 77 u. 320.

124) Vgl. hierüber Pfeiffer, landständ. Gesch. S. 316 flg.

außer den zu den §. 81 u. 88 bereits angeführten, bietet die im Jahr 1836 zu Stuttgart erschienene Schrift: Actenstücke, die landständischen Anklagen wider den kurf. hessischen Staatsminister Hassenpflug betreffend, dar. — §. 102: Vor der Verabschiedung, Vertagung oder Auflösung eines jedesmaligen Landtages haben die Stände aus ihrer Mitte einen Ausschuß von 3 bis 5 Mitgliedern zu wählen.

8. Abschn. Von den obersten Staatsbehörden. §. 106: Für die Staatsangelegenheiten werden als höchste Behörden nur bestehen das Gesammtstaatsministerium (zur Entscheidung über Beschwerden gegen Ministerialbeschlüsse und über Conflicte unter denselben: §. 111) und die Vorstände der Ministerialdepartements. — §. 108: Der Vorstand eines jeden Ministerialdepartements hat die vom Regenten in Bezug auf die Regierung und Verwaltung des Staates ausgehenden Anordnungen und Verfügungen, welche in sein Departement einschlagen, zu contrasigniren, und ist für die Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit ihres Inhaltes persönlich verantwortlich. Durch die gedachte Contrasignatur erhalten solche Anordnungen und Verfügungen allgemeine Glaubwürdigkeit und Vollziehbarkeit.

9. Abschn. Von der Rechtspflege. §. 112: Die Rechtspflege soll von der Landesverwaltung fernerhin auf immer getrennt sein. Als Regel war dieser Grundsatz schon in dem Organisationsedicte vom 29. Juni 1821, §. 3[125]), ausgesprochen. In seiner vollkommenen Ausdehnung ist derselbe jedoch bis jetzt nicht ausgeführt, namentlich in Ansehung der Polizei- und oberen Militärgerichte, mehrfacher Anträge der Landstände[126]) ungeachtet. — §. 113: Niemand kann an der Betretung und Verfolgung des Rechtsweges vor den Landesgerichten gehindert werden (vgl. auch §. 35). Die Beurtheilung, ob eine Sache zum Gerichtsverfahren sich eigne, gebühret dem Richter nach Maßgabe der allgemeinen Rechtsgrundsätze und solcher Gesetze, welche mit Beistimmung der Landstände werden erlassen werden. Durch diese letztere höchst wichtige Bestimmung insonderheit ist dem verderblichen Institute der Competenzconflicte[127]) verfassungsmäßig vorgebeugt worden. — §. 114: Niemand darf seinem gesetzlichen Richter, sei es in bürgerlichen oder peinlichen Fällen, entzogen werden. — §. 115: Niemand darf anders, als in den durch die Gesetze bestimmten Fällen und Formen, zur gerichtlichen Untersuchung gezogen, zu gefänglicher Haft gebracht, darin zurückgehalten und gestraft werden. — §. 120: Damit eine unparteiische, tüchtige und unverzögerte Rechtshilfe erwartet werden könne, soll die Zahl der Mitglieder der Gerichte gesetzlich bestimmt und jedes Gericht vollständig besetzt sein. Jene Bestimmung erfolgte durch ein Gesetz vom 1. Juli 1831[128]), nach welchem das Oberappellationsgericht stets, außer dem

---

125) Gesetzsamml. S. 29.

126) Schon auf dem Landtage von 1831: Landtagsverhandl. Nr. 7, S. 39, Nr. 12, S. 71 u. 76, Nr. 62, S. 788, Beil. XIX.

127) Pfeiffer, pract. Ausf. III. S. 262, 463; VI. S. 100.

128) Gesetzsamml. S. 45.

Präsidenten, mit 8 bis 10 Räthen im Civilsenate und 4 bis 5 Räthen im Criminalsenate besetzt sein soll, sodann für die 5 Obergerichte zu Cassel, Marburg, Fulda, Hanau und Rinteln eine nach der Verschiedenheit des Umfanges ihrer Bezirke bestimmte Zahl von Mitgliedern, außer einem Präsidenten oder Director für jedes derselben, auch für die Untergerichte ein angemessenes Richterpersonal, je nachdem sie, wie das Stadtgericht zu Cassel und die Landgerichte zu Cassel, Fulda, Hanau, Marburg, Hersfeld, Schmalkalden und Rinteln, collegialisch besetzt sind, oder, wie die (dermalen 76) Justizämter, nur von Individuen versehen werden, festgesetzt worden ist. — §. 123: Die Gerichte für die bürgerliche und Strafrechtspflege sind innerhalb der Grenzen ihres richterlichen Berufes in allen Instanzen unabhängig; dieselben entscheiden, ohne irgend eine fremde Einwirkung, nach den bestehenden Rechten und den verfassungsmäßigen Gesetzen. Das Wesentlichste dieses Satzes war schon in dem Organisationsedicte vom 29. Juni 1821, §. 36 [129]), enthalten, derselbe hat jedoch hierdurch eine grundgesetzliche Bekräftigung erhalten. — §. 124: Die Verhältnisse der Staatsanwälte als Vertreter des Staates und der Landesherrschaft in den streitigen Rechtssachen, werden durch ein Gesetz näher festgestellt werden. Das hierüber am 11. Juli 1832 [130]) erlassene Gesetz enthält solche Bestimmungen, wodurch die Betretung des Rechtsweges und dessen Erfolg sowohl gegen den Staat und dessen Anstalten, als gegen die Landesherrschaft in allen dieselbe angehenden Rechtssachen, nur mit Ausnahme der rein persönliche Familienverhältnisse betreffenden, sicher gestellt worden ist. — §. 126: Der Landesherr ist befugt, Strafen zu erlassen oder zu mildern, nur mit Ausnahme der Fälle, welche eine Verletzung der Verfassung oder eine auf deren Umsturz gerichtete Unternehmung betreffen. — §. 128: Allgemeine Vermögensconfiscationen finden in keinem Falle mehr statt. — §. 129: Moratorien dürfen nicht ertheilt werden. — §. 130: Die Aufhebung der privilegirten persönlichen Gerichtsstände soll unter den bundesgesetzlichen und anderen geeigneten Ausnahmen erfolgen. Diese Bestimmung hat bisher nur eine sehr unvollkommene Ausführung in Beziehung auf einzelne Fälle, wie im Ablösungsverfahren und in dem Verfahren über hypothekarische Klagen, über minder wichtige Rechtsstreite und über die Abtretung zu öffentlichen Zwecken [131]), erhalten, besondere Ausnahmen, wie namentlich für Meß-, Markt- und Ganggerichtssachen [132]), auch possessorische Streitigkeiten [133]), fanden schon früher statt [134]). — §. 131: Die wichtigeren Angelegenheiten der Vormundschaften u. s. w. sollen künftig unter Mitwirkung von Familienräthen besorgt werden. Dieß Institut ist jedoch bis jetzt nicht ins Leben getreten.

129) Gesetzsamml. S. 38.
130) Gesetzsamml. S. 215.
131) Gesetzsamml. 1832 S. 161, 1834 S. 59, 102, 165.
132) Gesetzsamml. 1821 S. 41.
133) Gesetzsamml. 1827 S. 2.
134) Wagner, kurh. Gerichtsverfassung, Nachtr., §. 8a, und n. S. d. L.-D. I. S. 329.

10. Abschn. Von den Kirchen, den Unterrichtsanstalten und den milden Stiftungen. Nach den §. 132 bis 134 bleiben die Sachen des Glaubens und der Liturgie den Beschlüssen der Kirchen überlassen, die Staatsregierung übt die hoheitlichen Rechte des Schutzes und der Oberaufsicht aus, und die Ausübung der Kirchengewalt über die evangelischen Glaubensparteien verbleibt dem Landesherrn; doch finden Neuerungen in liturgischen Sachen nicht ohne Zustimmung einer Synode statt. Der §. 135 enthält Bestimmungen für das besondere Verhältniß der katholischen Kirche zu der Staatsgewalt. Nach §. 138 darf das Vermögen oder Einkommen der Stiftungen unter keinem Vorwande zum Staatsvermögen eingezogen, oder für andere als die stiftungsmäßigen Zwecke verwendet werden.

11. Abschn. Von dem Staatshaushalte. §. 139: *Zum Staatsvermögen gehören die Domanial- (Kammer-) Güter und Gefälle, Forste, Jagden, Fischereien, Berg-, Hütten- und Salzwerke u. s. w.,* auch künftig heimfallende Lehen (§. 142). Die Eigenschaft der Kammergüter als Staatseigenthum hatte bereits durch die Verordnung vom 14. Jan. 1814[135]) eine positive Anerkennung erhalten, deren wesentliche Grundlage wohl schon in früheren geschichtlichen Vorgängen zu suchen ist[136]). — §. 140 flg.: Sonderung des Staatsvermögens vom Fideicommißvermögen des kurfürstlichen Hauses, mit Bestimmung des Bedarfes für den kurfürstlichen Hof, über dessen Verwendung keinerlei Nachweisung stattfindet (§. 144). Auf jene Sonderung rücksichtlich des Capitalvermögens beziehen sich 2 Gesetze vom 27. Febr. 1831[137]) über den Staatsschatz und über den kurf. Hausschatz. — §. 143: Die Stände haben für Aufbringung des ordentlichen und außerordentlichen Staatsbedarfes, so weit die übrigen Hilfsmittel zu dessen Deckung nicht hinreichen, durch Verwilligung von Abgaben zu sorgen. Ohne landständische Bewilligung (vgl. auch §. 98) kann weder in Kriegs- noch in Friedenszeiten eine directe oder indirecte Steuer so wenig, als irgend eine sonstige Landesabgabe, sie habe Namen, welchen sie wolle, ausgeschrieben oder erhoben werden[138]). — §. 144: Zugleich mit dem zu diesem Zwecke der Ständeversammlung vorzulegenden Voranschlage (Budget) muß die Nothwendigkeit oder Nützlichkeit der zu machenden Ausgaben nachgewiesen und das Bedürfniß der vorgeschlagenen Abgaben gezeigt — auch, nach §. 152, die Verwendung des Staatseinkommens zu den bestimmten Zwecken für die verflossenen einzelnen Rechnungsjahre nachgewiesen werden. Eine Abhandlung über das Recht der kurhessischen Landstände zur Festsetzung des Staatsgrundetates, auch Darstellung aller in den kurhessischen Staatsrechnungshaushalt einschlagenden Gegenstände von 1832, enthält A. Müller's

---

135) Gesetzsamml. S. 10.
136) Vgl. die mehrerwähnte Abhandlung in Pölitz, Jahrb. VIII. S. 214 flg.
137) Gesetzsamml. S. 53 u. 55.
138) Ueber das correlative Verhältniß der §. 140 u. 143 vgl. Pfeiffer, landst. Verf. S. 301.

Archiv f. d. Gesetzgebung B. V, H. 2, S. 224 flg. Weitere Auskunft von der späteren Zeit geben die Finanzgesetze vom 31. Oct. 1833, 25. Sept. 1834, 20. Juli 1838 und 18. Dec. 1840, nebst den denselben beigefügten Voranschlägen der Staatseinnahmen und Ausgaben[139]). — §. 148 verspricht die gesetzliche Einführung der nach Möglichkeit zu beschleunigenden gleichmäßigen Besteuerung (des Grundeigenthums), unter Zusicherung einer angemessenen Entschädigung für die bisherigen rechtsmäßigen Steuerfreiheiten und Vorzüge. Es ist jedoch die wiederholt versuchte Verwirklichung dieser höchst wohlthätigen Maßregel bis jetzt an dem Interessenstreite in Beziehung auf die vorbehaltene Entschädigungsleistung gescheitert, nachdem selbst der Antrag, diesen Punkt auf eine Entscheidung des Oberappellationsgerichtes ankommen zu lassen, dem Widerspruche der Mehrzahl unterlegen hatte. Es sind hierüber hauptsächlich die Landtagsverhandl. v. 1837 B. III, Nr. 84, zu vergleichen. In einzelnen Gebietstheilen, namentlich in Fulda und Hanau, hat jedoch bereits früher eine Aufhebung der Grundsteuerfreiheit stattgefunden[140]).

12. Abschn. Allgemeine Bestimmungen. §. 153: Zur Annahme einer in Vorschlag gebrachten Abänderung oder Erläuterung der Verfassungsurkunde ist entweder Stimmeneinhelligkeit, oder Stimmenmehrheit von ¾ auf 2 nach einander folgenden Landtagen, erforderlich. — §. 154: Zweifel über den Sinn einzelner Bestimmungen der Verfassungsurkunde sollen durch ein Compromißgericht entschieden werden. — §. 156: Die Verfassungsurkunde muß von allen Staatsdienern des geistlichen und weltlichen, sowohl des Militär- als des Civilstandes, so wie von allen Unterthanen männlichen Geschlechtes, welche das 18. Jahr erreicht haben (zugleich mit dem Huldigungs- oder Diensteide: §. 21 u. 60), beschworen werden. — §. 157: Eine Ausfertigung der Verfassungsurkunde wird der teutschen Bundesversammlung mit dem Ersuchen um Uebernahme der bundesgesetzlichen Garantie überreicht werden. Diese Garantie hat bisher nicht stattgefunden, ist jedoch auch nicht weiter angeregt worden, nachdem der Landtagscommissar in der Ständeversammlung erklärt hatte, daß, wenn dieselbe Anstand finden solle, die Sache beruhen müsse[141]), was völlig dem §. 60 der Wiener Schlußacte entspricht, nach welchem mit der Garantie keine weitere Folge, als daß der Bund dadurch zur Einwirkung in landständische Angelegenheiten berechtigt wird, verbunden ist.

IV. Civilgesetzgebung. Obwohl das römische Recht als gemeines Recht für Althessen schon durch die Hofgerichtsordnung von 1500 (s. S. 245) anerkannt worden[142]), so hat sich doch von den ältesten

139) Gesetzsamml. 1833 S. 167, 1834 S. 84, 1838 S. 28, 1840 S. 57.
140) Landtagsverhandl. v. 1836 Beil. 11, S. 17. Gesetzsamml. 1823

141) Landtagsverhandl. v. 1831 S. 16.
142) Auch die Prozeßordn. v. 1745, §. 89, verweist auf die geschriebenen Rechte, und die Oberappellationsgerichtsordn. v. 1746, Tit. VI, §. 11, des Reiches gemeine Rechte. N. S. d. L.-O. II: S. 260, 370.

10. Abschn. Von den Kirchen, den Unterrichtsanstalten und den milden Stiftungen. Nach den §. 132 bis 134 bleiben die Sachen des Glaubens und der Liturgie den Beschlüssen der Kirchen überlassen, die Staatsregierung übt die hoheitlichen Rechte des Schutzes und der Oberaufsicht aus, und die Ausübung der Kirchengewalt über die evangelischen Glaubensparteien verbleibt dem Landesherrn; doch finden Neuerungen in liturgischen Sachen nicht ohne Zustimmung einer Synode statt. Der §. 135 enthält Bestimmungen für das besondere Verhältniß der katholischen Kirche zu der Staatsgewalt. Nach §. 138 darf das Vermögen oder Einkommen der Stiftungen unter keinem Vorwande zum Staatsvermögen eingezogen, oder für andere als die stiftungsmäßigen Zwecke verwendet werden.

11. Abschn. Von dem Staatshaushalte. §. 139: Zum Staatsvermögen gehören die Domanial- (Kammer-) Güter und Gefälle, Forste, Jagden, Fischereien, Berg-, Hütten- und Salzwerke u. s. w., auch künftig heimfallende Lehen (§. 142). Die Eigenschaft der Kammergüter als Staatseigenthum hatte bereits durch die Verordnung vom 14. Jan. 1814 [135]) eine positive Anerkennung erhalten, deren wesentliche Grundlage wohl schon in früheren geschichtlichen Vorgängen zu suchen ist [136]). — §. 140 flg.: Sonderung des Staatsvermögens vom Fideicommißvermögen des kurfürstlichen Hauses, mit Bestimmung des Bedarfes für den kurfürstlichen Hof, über dessen Verwendung keinerlei Nachweisung stattfindet (§. 144). Auf jene Sonderung rücksichtlich des Capitalvermögens beziehen sich 2 Gesetze vom 27. Febr. 1831 [137]) über den Staatsschatz und über den kurf. Hausschatz. — §. 143: Die Stände haben für Aufbringung des ordentlichen und außerordentlichen Staatsbedarfes, so weit die übrigen Hilfsmittel zu dessen Deckung nicht hinreichen, durch Verwilligung von Abgaben zu sorgen. Ohne landständische Bewilligung (vgl. auch §. 98) kann weder in Kriegs- noch in Friedenszeiten eine directe oder indirecte Steuer so wenig, als irgend eine sonstige Landesabgabe, sie habe Namen, welchen sie wolle, ausgeschrieben oder erhoben werden [138]). — §. 144: Zugleich mit dem zu diesem Zwecke der Ständeversammlung vorzulegenden Voranschlage (Budget) muß die Nothwendigkeit oder Nützlichkeit der zu machenden Ausgaben nachgewiesen und das Bedürfniß der vorgeschlagenen Abgaben gezeigt — auch, nach §. 152, die Verwendung des Staatseinkommens zu den bestimmten Zwecken für die verflossenen einzelnen Rechnungsjahre nachgewiesen werden. Eine Abhandlung über das Recht der kurhessischen Landstände zur Festsetzung des Staatsgrundetates, auch Darstellung aller in den kurhessischen Staatsrechnungshaushalt einschlagenden Gegenstände von 1832, enthält A. Müller's

135) Gesetzsamml. S. 10.

136) Vgl. die mehrerwähnte Abhandlung in Pölitz, Jahrb. VIII. S. 214 flg.

137) Gesetzsamml. S. 53 u. 55.

138) Ueber das correlative Verhältniß der §. 140 u. 143 vgl. Pfeiffer, landst. Verf. S. 301.

Archiv f. d. Gesetzgebung B. V, H. 2, S. 224 flg. Weitere Auskunft von der späteren Zeit geben die Finanzgesetze vom 31. Oct. 1833, 25. Sept. 1834, 20. Juli 1838 und 18. Dec. 1840, nebst den denselben beigefügten Voranschlägen der Staatseinnahmen und Ausgaben[139]). — §. 148 verspricht die gesetzliche Einführung der nach Möglichkeit zu beschleunigenden gleichmäßigen Besteuerung (des Grundeigenthums), unter Zusicherung einer angemessenen Entschädigung für die bisherigen rechtmäßigen Steuerfreiheiten und Vorzüge. Es ist jedoch die wiederholt versuchte Verwirklichung dieser höchst wohlthätigen Maßregel bis jetzt an dem Interessenstreite in Beziehung auf die vorbehaltene Entschädigungsleistung gescheitert, nachdem selbst der Antrag, diesen Punkt auf eine Entscheidung des Oberappellationsgerichtes ankommen zu lassen, dem Widerspruche der Mehrzahl unterlegen hatte. Es sind hierüber hauptsächlich die Landtagsverhandl. v. 1837 B. III, Nr. 84, zu vergleichen. In einzelnen Gebietstheilen, namentlich in Fulda und Hanau, hat jedoch bereits früher eine Aufhebung der Grundsteuerfreiheit stattgefunden[140]).

12. Abschn. Allgemeine Bestimmungen. §. 153: Zur Annahme einer in Vorschlag gebrachten Abänderung oder Erläuterung der Verfassungsurkunde ist entweder Stimmeneinhelligkeit, oder Stimmenmehrheit von ¾ auf 2 nach einander folgenden Landtagen, erforderlich. — §. 154: Zweifel über den Sinn einzelner Bestimmungen der Verfassungsurkunde sollen durch ein Compromißgericht entschieden werden. — §. 156: Die Verfassungsurkunde muß von allen Staatsdienern des geistlichen und weltlichen, sowohl des Militär- als des Civilstandes, so wie von allen Unterthanen männlichen Geschlechtes, welche das 18. Jahr erreicht haben (zugleich mit dem Huldigungs- oder Diensteide: §. 21 u. 60), beschworen werden. — §. 157: Eine Ausfertigung der Verfassungsurkunde wird der teutschen Bundesversammlung mit dem Ersuchen um Uebernahme der bundesgesetzlichen Garantie überreicht werden. Diese Garantie hat bisher nicht stattgefunden, ist jedoch auch nicht weiter angeregt worden, nachdem der Landtagscommissar in der Ständeversammlung erklärt hatte, daß, wenn dieselbe Anstand finden solle, die Sache beruhen müsse[141]), was völlig dem §. 60 der Wiener Schlußacte entspricht, nach welchem mit der Garantie keine weitere Folge, als daß der Bund dadurch zur Einwirkung in landständische Angelegenheiten berechtigt wird, verbunden ist.

IV. Civilgesetzgebung. Obwohl das römische Recht als gemeines Recht für Althessen schon durch die Hofgerichtsordnung von 1500 (oben S. 245) anerkannt worden[142]), so hat sich doch von den ältesten

---

139) Gesetzsamml. 1833 S. 167, 1834 S. 84, 1838 S. 28, 1840 S. 57.

140) Landtagsverhandl. v. 1836 Beil. 11, S. 17. Gesetzsamml. 1823 S. 69.

141) Landtagsverhandl. v. 1831 S. 16.

142) Auch die Prozeßordn. v. 1745, §. 89, verweist auf die geschriebenen Civilrechte, und die Oberappellationsgerichtsordn. v. 1746, Tit. VI, §. 11, auf des Reiches gemeine Rechte. N. S. d. L.-O. II, S. 260, 370.

Zeiten her ein regsames Streben, den daneben bestehenden Gewohnheiten durch deren Aufnahme in ein allgemeines einheimisches Landrecht eine positive Bekräftigung in Gesetzesform zu verschaffen, kund gegeben[143]). In der neueren Zeit wurden zur Abfassung eines allgemeinen Gesetzbuches besondere Commissionen in den Jahren 1780 und 1805 angeordnet, die jedoch kein practisches Ergebniß geliefert haben[144]). Näher dem Ziele glaubte man zu treten durch die in den Landtagsabsch. von 1831, §. 7, verglichen mit §. 18[145]), aufgenommene Zusicherung der Staatsregierung: einem der künftigen Landtage die Entwürfe einer Strafprozeßordnung, eines Strafprozeßgesetzbuches, einer bürgerlichen Prozeßordnung und eines bürgerlichen Gesetzbuches, zur Berathung und Annahme vorlegen zu lassen, ohne Verzug aber den zu diesen Arbeiten nöthigen Auftrag mehreren Männern zu ertheilen, welche eben so mit der Theorie, als mit den Verhältnissen und Bedürfnissen des Volkes vertraut sind, daher zu der Erwartung berechtigen, daß die Entwürfe dieser Gesetzbücher den geläuterten Rechtsansichten und Bedürfnissen der Zeit entsprechen, auch sich durch materielle Vollständigkeit, wie durch formelle Zweckmäßigkeit auszeichnen werden. Hierauf auch erfolgte wirklich die Ernennung dazu geeigneter Commissionen; ein weiterer Erfolg ist jedoch, mehrerer Erinnerungen der Landstände[146]) ungeachtet, bisher unterblieben. Die durch eine Verordnung vom 7. Jan. 1833[147]) verfügte Bildung einer allgemeinen Gesetzgebungscommission, unter der Bezeichnung: Staatsrath, ist niemals ins Leben getreten. — Demnach gilt in den althessischen Bestandtheilen des Kurstaates noch jetzt als Regel das gemeine Recht für Teutschland mit den besonderen in der Particulargesetzgebung desselben begründeten Bestimmungen, jedoch mit der Beschränkung, daß für die in die westphälische Periode, welche in dieser Beziehung vom Anfange des Jahres 1808 bis zum Tage der Kundmachung des, die Wiederherstellung der vaterländischen Rechtsverfassung betreffenden Regierungsausschr. v. 10. Jan. 1814[148]) zu rechnen ist, fallenden Rechtsgeschäfte das Gesetzbuch Napoleons (eine officielle Uebersetzung des Code Napoléon für das Königreich Westphalen) zur Norm dient, vorbehaltlich jedoch der die Giltigkeit der aus der Zeit der Fremdherrschaft herrührenden Rechtsgeschäfte gegen die strenge Anwendung der in jenem Gesetzbuche vorgeschriebenen Formen sichernden Bestimmungen der Verordn. v. 4. Juni 1830[149]).

---

143) Ueber die deßhalbigen Vorgänge aus dem 16. und 17. Jahrhunderte ist nachzusehen: Pfeiffer, Ideen zu einer neuen Civilgesetzgebung (Gött. 1815), S. 104 flg. Desselb. landst. Gesch. §. 15, Nr. 1.

144) Pfeiffer, Ideen u. s. w. S. 106 flg.

145) Gesetzsamml. S. 97 u. 100.

146) Zuletzt noch im Jahre 1841: Landständ. Verhandl. Nr. 79, S. 13, Nr. 80, S. 4, Nr. 87, S. 1, Nr. 89, S. 3, Nr. 101, S. 8.

147) Gesetzsamml. S. 1.

148) Gesetzsamml. S. 8.

149) Gesetzsamml. S. 21; womit in Beziehung auf das vormalige Großherzogthum Frankfurt zu vergleichen ist das Gesetz v. 12. Dec. 1840: Gesetzsamml. S. 56.

— Außer dem römischen Rechte (und dem canonischen: unter Nr. VI.) gelten sodann als allgemeine Normen: für Lehnssachen die allgemeinen beschriebenen Lehnsrechte[150]), also in der Regel das longobardische Recht, neben welchem sich jedoch mancher Grundsatz des teutschen Lehnrechtes in fortdauernder Giltigkeit erhalten hat, wie namentlich die Lehre von der gesammten Hand[151]) und von den Bedingungen der Lehngerichtsbarkeit[152]); für Bergwerksangelegenheiten, neben den einheimischen Bergordnungen, hilfsweise die Joachimsthal'schen und sächsischen Bergordnungen und Gebräuche[153]); für Wechselsachen, neben dem teutschen gemeinen Wechselrechte, die Frankfurter Wechselordn. v. 1739[154]). Unter den einzelnen Gegenständen der Civilgesetzgebung, über welche positive particularrechtliche Bestimmungen vorliegen, dürften folgende die bemerkenswerthesten sein[155]): 1) aus dem Personen- (und persönlich-dinglichen) Rechte: die Verordnungen v. 5. Sept. 1746, §. 38 flg. und v. 17. März 1767, §. 27[156]), über den ehelichen Erwerb und die Eheschulden; die Regierungsausschr. v. 1. Febr. 1749, §. 1, und v. 29. März 1755[157]), über die Bürgschaften der Ehefrauen, auch Certiorationen und Renunciationen der Frauenspersonen überhaupt; die Vormundschaftsordnung vom 24. Juli 1767, nebst den darauf Bezug habenden gesetzlichen Bestimmungen[158]); die Verordn. v. 15. Mai 1797[159]), das Erbrecht der unehelichen Kinder betr.; die Verordn. v. 23. Febr. 1798[160]), wegen Paternitäts- und Alimentationsklagen, nebst dem Gesetze v. 18. Sept. 1834[161]), die gerichtliche Zuständigkeit bei Rechtsstreitigkeiten, welche Verlöbnisse, so wie die Vater- und Mutterschaft betreffen. Ueber die Form der Eheverlöbnisse sind besondere Vorschriften bereits durch ein Edict v. 8. Jan. 1723 in Beziehung auf amtssässige, und durch die Verordn. v. 12. Aug. 1749 in Beziehung auf schriftsässige Personen ertheilt worden[162]). Die Verordn. v. 24. Nov. 1804[163]), die Vormundschaft und den Nießbrauch der Mütter betreffend; die landesherrlichen Beschlüsse v.

---

150) R. S. d. L.-O. I. S. 21.
151) Pfeiffer, pract. Ausf. I. S. 175, vgl. mit IV. S. 1.
152) Das. II. S. 318.
153) R. S. d. L.-O. I. S. 54.
154) Pfeiffer, pract. Ausf. I. S. 131 flg.
155) Bei der Mittheilung solcher einzelnen Bestimmungen ist stets (außer hiernächst unter 2) die chronologische Ordnung befolgt worden.
156) R. S. d. L.-O. II. S. 250, III. S. 211. Nach §. 40 der erstgedachten Verordn. soll in Beziehung auf diejenigen Frauen, welche keine gleiche Handthierung mit ihrem Manne treiben, „ohngehindert aller bisherigen conträren Gewohnheit" nach den gemeinen Rechten gesprochen werden.
157) R. S. d. L.-O. III. S. 1 u. 59.
158) Das. III. S. 242 flg. Auffarth, die Vormundschaft über Minderjährige nach kurh. Rechte. Schmalk. 1826.
159) R. S. d. L.-O. IV. S. 260.
160) Das. IV. S. 272.
161) Gesetzsamml. S. 83.
162) R. S. d. L.-O. I. S. 262, III. S. 24.
163) Das. IV. S. 449. Vgl. auch Pfeiffer, pract. Ausf. II. S. 189 flg.

13. Oct. und 22. Dec. 1820[164]), über den Nießbrauch des Vaters an dem mütterlichen Vermögen der Kinder; die Verordn. v. 6. Febr. 1822[165]), über das Heurathsalter; das Gesetz v. 13. Sept. 1831[166]), über die Volljährigkeit (22 Jahr) und Volljährigkeitserklärung; und das Gesetz v. 20. Dec. 1840, §. 6[167]), den Verkauf der Güter der Minderjährigen betreffend. — 2) Aus dem Sachenrechte: mehrere Lehnsedicte, insonderheit v. 15. Nov. 1694 und 24. April 1781[168]), über die Lehnserneuerung, so wie die Veräußerung und Verpfändung der Lehen, nebst dem landesherrlichen Beschlusse v. 2. April 1788[169]), die lehnsherrlichen Verpfändungsconsense betreffend; welchen sich die Verordnungen v. 18. Jan. 1814 und 5. Sept. 1815[170]), die Herstellung der kurhessischen Lehen nach der westphälischen Periode betreffend, anschließen; die Verordn. v. 5. Sept. 1745, §. 45 flg.[171]), wegen Absonderung des Lehens vom Allodium, und das Regierungsausschr. v. 21. März 1755[172]), über die Vertheilung der Lehnsfrüchte; sodann mehrere Verordnungen über die Untheilbarkeit der Hufengüter und die damit in Verbindung stehenden Güteransatzcontracte, deren neueste v. 21. April 1786[173]); die durch landständische Anträge veranlaßten landesherrlichen Rescripte v. 8. Sept. und 9. Dec. 1766[174]), über die Normen, nach welchen die Rechtsverhältnisse der Landsiedel- und sonstigen Bauerngüter zu beurtheilen sind[175]); das Regierungsausschr. v. 2. Oct. 1798[176]), wegen Entrichtung des Lehngeldes in Erb- und Veräußerungsfällen; die Verordnungen v. 23. Juni 1815 und 17. Juni 1828, §. 8[177]), wegen des zur Verpfändung oder Veräußerung solcher Güter erforderlichen Lehns- oder zinsherrlichen Consenses; das Gesetz vom 28. Aug. 1834[178]), die Verkoppelung der Grundstücke betr., und das v. 25. Oct. 1834[179]), über die Theilung der hinsichtlich der Viehhute bestehenden Gemeinschaften; das Ministerialausschr. v. 16. Jan. 1834[180]), wegen Abschaffung des Novalzehntens;

---

164) Gesetzsamml. S. 177 u. 117. Pfeiffer a. a. O.
165) Gesetzsamml. S. 5.
166) Gesetzsamml. S. 125.
167) Gesetzsamml. S. 76.
168) R. S. d. L.-O. I. S. 225, 295.
169) R. S. d. L.-O. IV. S. 79.
170) Gesetzsamml. 1814 S. 12, 1815 S. 4b.
171) R. S. d. L.-O. II. S. 252.
172) R. S. d. L.-O. III. S. 59.
173) Das. IV. S. 19. Vgl. auch Pfeiffer, pract. Ausf. IV. S. 173, §. 20.
174) R. S. d. L.-O. III. S. 198.
175) Eine Monographie in Beziehung auf dergleichen Güter enthält Lennep, von der Leihe zu Landsiedelrecht (Marb. 1769), 2 Bde., wovon der letzte nur Leihebriefe und andere Urkunden begreift. Eine denselben Gegenstand betreffende Abhandlung in Beziehung auf das Hanauische findet sich in Carl's kl. jurist. Aufsätzen S. 18.
176) R. S. d. L.-O. IV. S. 299.
177) Gesetzsamml. 1815 S. 125, 1828 S. 27.
178) Gesetzsamml. S. 69.
179) Gesetzsamml. S. 145.
180) Gesetzsamml. S. 1.

die Verordnung v. 5. Aug. 1822[181]), wegen Abschaffung aller Arten des auf Gesetz oder Gewohnheit beruhenden Näherrechtes; ferner die Verordn. v. 4. Aug. 1801, nebst dem sich darauf beziehenden Regierungsausschr. v. 26. Aug. 1806[182]), die Aufnahme der Testamente durch die Untergerichte betr., welcher das Regierungsausschr. v. 21. April 1817, die Verordn. v. 2. Oct. 1824 und das Gesetz v. 20. Dec. 1840, §. 7[183]), zur Erläuterung dienen; das letztgedachte Gesetz, §. 10 flg.[184]), bestimmt auch die zu Erbverträgen erforderliche Form; und eine Verordn. v. 14. März 1815[185]) verfügt über die Eröffnung gerichtlich hinterlegter letzten Willen ohne Ansuchen der Erben. Verschiedene andere in das Sachenrecht einschlagende gesetzliche Bestimmungen, namentlich die Veräußerung des Grundeigenthums und die Vorzugsrechte im Concurse betreffend, werden unter den Gegenständen der freiwilligen Gerichtsbarkeit unter VI. vorkommen. — 3) Aus dem Obligationenrechte dürften hier als zu einer besonderen Erwähnung geeignet erscheinen: das Regierungsausschr. v. 1. Febr. 1749, §. 2, die Verletzung über die Hälfte bei Zwangsversteigerungen; desselben §. 4, den Regreßanspruch der Correalschuldner; §. 5, die Eigenschaft der actio pignoratitia als in rem scripta; §. 7, die Beweiskraft der Handelsbücher betr.[186]), über welchen letzteren Gegenstand nachher noch eine besondere Verordnung v. 14. Dec. 1796 erlassen, auch das Privilegium der halben Beweiskraft nach einem landesherrl. Beschlusse vom Jan. 1806 auf die Handelsbücher der Buchhändler ausgedehnt worden ist[187]); die Verordn. v. 17. März 1767, §. 40[188]), über den Viehkauf und die Hauptmängel bei Pferden; die Verordnungen v. 3. Mai 1776, 14. April 1778 und 23. Febr. 1819[189]), den wegen Unglücksfällen zu bewilligenden Erlaß an Pachtgeldern, Zinsen und öffentlichen Abgaben betr.; die Verordn. v. 21. Nov. 1788[190]), die Handlungsgesellschaften betr.; die Verordn. v. 27. Juli 1814[191]), wegen Vertheilung der Kriegslasten zwischen dem Pachter und Verpachter; die Verordn. v. 18. Dec. 1823[192]), über die besonderen Rechtsverhältnisse hinsichtlich der auf den Inhaber lautenden Schuldscheine; das Gesetz v. 20. Dec. 1840, §. 2, die Aufhebung der Bestimmungen des anastasianischen Gesetzes; §. 3 flg., die Beschränkung der Einrede des nicht gezahlten Geldes; §. 5, die Abschaffung der ästimatorischen Injurienklage, betreffend[193]). Ein Gesetz über die Entschädigung für Wild-

---

181) Gesetzsamml. S. 32.
182) R. S. d. L.-O. IV. S. 389, 465.
183) Gesetzsamml. 1817 S. 39, 1824 S. 92, 1840 S. 76.
184) Gesetzsamml. S. 76.
185) Gesetzsamml. S. 105.
186) R. S. d. L.-O. III. S. 1 flg.
187) Das. IV. S. 239 u. 461.
188) Das. III. S. 218.
189) Das. III. S. 451, 481. Gesetzsamml. 1819 S. 11.
190) R. S. d. L.-O. IV. S. 140.
191) Gesetzsamml. S. 74.
192) Gesetzsamml. S. 81.
193) Gesetzsamml. S. 75 flg.

schaden, nach Maßgabe eines Gutachtens des Oberappellationsgerichtes, wurde in dem Landtagsabsch. v. 1831, §. 6, ausdrücklich zugesichert; dieß Gutachten ist auch erstattet, und ein demselben entsprechender Gesetzentwurf von den Ständen ohne wesentliche Modification angenommen worden[194]), die Erlassung des Gesetzes aber, vielfältiger Sollicitationen desselben ungeachtet, bisher unterblieben. — Die althessische Gesetzgebung überhaupt gilt jedoch in den später hinzugekommenen Landestheilen erst von der unter I. (oben S. 247) angegebenen Zeit ihrer Vereinigung mit dem Hauptlande an, und auch dieses theilweise nur mit Beibehaltung gewisser ihnen eigenthümlicher Particularnormen. So hat in der Grafschaft Schaumburg die Polizeiordnung von 1615[195]) fortdauernde Giltigkeit; auch besteht daselbst die strenge Meierverfassung, wie sie in dem angrenzenden Hannöver'schen vorkommt; die neuesten gesetzlichen Bestimmungen darüber enthält eine Verordn. v. 21. Oct. 1774[196]). In dem Fürstenthume Hanau gilt das solmsische Landrecht[197]), auch findet man mehrere privatrechtliche Bestimmungen in den beiden daselbst geltenden Gerichtsordnungen, deren unter VI. gedacht werden wird. Das Privatrecht des Großherzogthums Fulda enthält sehr viel Eigenthümliches, besonders auch rücksichtlich der ehelichen Vermögensrechte, wie man aus der vollständigen Darstellung desselben in E. Thomas, System aller fuldischen Privatrechte, 3 Bde., Fulda 1780—1790, ersieht; und das Organisationsedict für dieses Großherzogthum vom 28. Dec. 1816, §. 96[198]), verfügt hierüber ausdrücklich, daß das fuldaische Privatrecht, vorbehaltlich einiger — theils in diesem Edicte, theils in zwei anderen Verordnungen vom nämlichen Tage[199]) enthaltenen — hauptsächlich das Vormundschafts- und Gesindewesen, auch die Testamentserrichtung, betreffenden Abänderungen in Kraft bleiben solle. Insbesondere sind auch durch den §. 15 jenes Edictes[200]) in Lehnssachen die bei dem Lehnhofe in Fulda eingeführt gewesenen Verordnungen und Observanzen beibehalten worden. In dem Fürstenthume Isenburg gilt als Regel das römische Recht; nur wenig Abweichendes ist durch Particularnormen festgestellt[201]); nach der Verordnung vom 31. Dec. 1816, §. 17[202]), soll vor der Hand noch in den mediatisirten Landestheilen nach den daselbst

---

194) Die hauptsächlichsten Verhandlungen hierüber kamen auf dem Landtage von 1831 und 1832 vor. Ueber die Praxis des Oberappellationsgerichtes vgl. Pfeiffer, pract. Ausf. III. S. 91 flg.

195) Neu abgedruckt mit Anmerkungen von F. I. Rottmann. Rint. 1717.

196) R. S. d. L.-O. III. S. 390; auch in Ledderhose, kl. Schr. V. S. 369.

197) Der Graffschaft Solms Gerichts- und Landordnung, wie sie anno 1571 publicirt worden, VI. Aufl. Wetzlar 1773. Vgl. darüber Carl, kl. jurist. Aufsätze (Frankfurt 1801), S. 1.

198) Gesetzsamml. S. 134.

199) Gesetzsamml. S. 139, 173.

200) Gesetzsamml. 1816 S. 123.

201) Vgl. z. B. Pfeiffer, pract. Ausf. VI. S. 199, Nr. 10.

202) Gesetzsamml. S. 182.

bisher in Uebung gewesenen Gesetzen Recht gesprochen werden. In dem Fürstenthume Fritzlar galt vor der Vereinigung mit Kurhessen das kurmainzische Recht[203]); durch eine am 29. Dec. 1803[204]) bekannt gemachte landesherrliche Verfügung ward das kurhessische Recht vom 1. Jan. 1804 an eingeführt.

V. Strafgesetzgebung. Nachdem bereits während der letzten Regierungsjahre des Kurfürsten Wilhelm's I. ein vollständiges Criminalgesetzbuch unter dessen eigener Leitung und Mitwirkung so weit ausgearbeitet worden war, daß dessen Einführung wohl nur durch das Ableben des genannten Regenten verhindert wurde, fand auch dieser Gegenstand eine ausdrückliche Berücksichtigung in dem mehrgedachten Landtagsabsch. von 1831, jedoch ebenfalls ohne weiteren Erfolg. So viel aber die älteren Normen betrifft, war bereits im Jahre 1535, wie oben erwähnt, eine eigene peinliche und Halsgerichtsordnung für Hessen erlassen worden, die jedoch mit der Kaiser Karl's V. von 1532 zum größten Theile wörtlich übereinstimmt[205]); beide sind, neben den gemeinen Rechten und Reichsgesetzen, auch sonsten ergangenen fürstl. Statuten, Edicten und anderen besonderen Verordnungen, den peinlichen Gerichten als Normen ihrer Entscheidung durch die peinliche Gerichtsordnung v. 23. April 1748, Tit. 3, §. 2[206]), ausdrücklich bezeichnet. In dem Organ.=Edict für das Großherzogthum Fulda, §. 96, ist daselbst das einheimische Criminalrecht, worüber Thomas a. a. O. Th. III, §. 614 flg. nachzusehen ist, ausdrücklich beibehalten worden[207]). Außerdem verfügen über die Vergehungen der Militärs eigene Kriegsartikel vom 30. Nov. 1818[208]), auch besteht eine besondere Strafordnung für die Forst=, Jagd= und Fischereivergehungen vom 30. Dec. 1822, mit welcher dem Gegenstande nach verwandt ist die Verordn. v. 30. Dec. 1826, wegen der Feld=, Garten= und Hutefrevel, auf welche sich auch das Gesetz v. 26. August 1841 bezieht[209]). Unter den Bestimmungen über einzelne Gegenstände der Strafgesetzgebung sind nachstehende die bemerkenswertheren: das Edict gegen den Zweikampf v. 6. Febr. 1684[210]); eine weit strengere Verordn. v. 11. Jan. 1830 wurde auf den Antrag der Landstände durch Gesetz v. 31. Oct. 1833 wieder aufgehoben[211]); die Bankeruttirordnung v. 16. Mai 1747, mit einer Erläuterung durch landesherrlichen Beschluß v. 2. Dec. 1803[212]); die Verordn. v. 1. Dec. 1752[213]), wegen Bestrafung der Hausdiebstähle und der Untreue des Gesindes; die Verordn.

203) Kurfürstl. mainzisches Landrecht und Ordnungen u. s. w. (Mainz 1755), nebst mehreren neueren Gesetzen.
204) Aelt. S. d. L.=O. VIII. S. 251.
205) N. S. d. L.=O. I. S. 11 und Note *.
206) N. S. d. L.=O. II. S. 489.
207) Gesetzsamml. v. 1816 S. 134.
208) Gesetzsamml. S. 119.
209) Gesetzsamml. 1822 S. 79.
210) N. S. d. L.=O. I. S. 222.
211) Gesetzsamml. 1830 S. 1, 1833 S. 185.
212) N. S. d. L.=O. II. S. 413, IV. S. 427.
213) Das. III, S. 50.

v. 14. Febr. 1790[214]), wegen Bestrafung des Hochverrathes und der Staatsverbrechen, womit auch die Verordnungen v. 29. Dec. 1823, die staatsgefährlichen Verbindungen betr., v. 22. Oct. 1830, wegen Sicherstellung der öffentlichen Ruhe, vom 18. Juni 1832, die vom teutschen Bunde beschlossenen Maßregeln zur Aufrechthaltung der gesetzlichen Ordnung und Ruhe betr., und v. 5. Mai 1836, wegen Bestrafung der Vergehungen gegen den teutschen Bund — welche beiden letzteren auf Bundesbeschlüssen beruhen — in Beziehung stehen[215]); die Verordn. v. 20. Aug. 1800[216]), wegen Verhütung und Bestrafung des Wuchers (worin auch einige civilrechtliche Bestimmungen vorkommen); die Verordn. v. 10. Febr. 1801[217]), Verhütung und Bestrafung der Veruntreuungen an Baumaterialien und Fabrikwaaren, auch Frevel und Diebstähle an Gebäuden, Brücken u. s. w. betr.; das Ministerialausschr. v. 30. April 1828[218]), wegen Verhütung des Kindermordes.

VI. Gerichtsverfassung und Prozeß in Civilsachen. Das Wesentlichste über die kurhessische Gerichtsverfassung ist bereits unter III. zum 9. Abschn. der Verfassungsurkunde mitgetheilt worden; hier insbesondere ist noch Folgendes aus dem Organ.-Edicte v. 29. Juni 1821, dessen Abschn. 3, Tit. 1[219]), sich mit den Gerichtsbehörden beschäftigt, nachzutragen, überhaupt aber auf Kopp, ausf. Nachr. v. d. ält. und neueren Verfassung der geistl. und Civilgerichte in den hessencassel'schen Landen, 2. Bde., Cassel 1769, und Wagner, Grundzüge der Gerichtsverfassung und des untergerichtlichen Verfahrens in Kurhessen, II. Ausg., Marburg 1827 und Nachtrag von 1833[220]), zu verweisen. Die Competenz des Civilsenates des Oberappellationsgerichtes ist im §. 38 des Organ.-Edictes dahin bestimmt: dieser Senat erkennt über alle dahin durch Berufung von den Obergerichten gebrachten bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, wenn der Gegenstand der Beschwerde unschätzbar ist, oder über 200 Thaler hiesiger Währung, oder jährlich 8 Thaler an Werth beträgt, oder ausnahmsweise bei Erkenntnissen des Obergerichtes zu Rinteln, oder einer standesherrlichen Justizcanzlei, die Hälfte dieses Werthes hat[221]), — oder, ohne Rücksicht auf den Werth, wenn eine unheilbare Nichtigkeit dargethan wird. Die Competenz des Civilsenates der Obergerichte im §. 43 dahin: derselbe erkennt in erster Instanz auf die Klagen wider Schriftsässige und über alle Rechtsstreitigkeiten, welche Verlöbnisse, Trennung von Tisch und Bett, Ehescheidung, so wie die Vaterschaft oder Mutterschaft betreffen, und in zweiter Instanz auf die Be-

214) R. S. d. L.-O. IV. S. 216.
215) Gesetzsamml. 1823 S. 84, 1830 S. 135, 1832 S. 217, 1836 S. 131.
216) R. S. d. L.-O. IV. S. 343.
217) Das. IV. S. 349.
218) Gesetzsamml. S. 19.
219) Gesetzsamml. S. 38 flg.
220) Vgl. auch Pfeiffer, pract. Ausf. VI. S. 447 flg.
221) Eine ausführliche Abhandlung über die Appellationssumme in Pfeiffer's pract. Ausf. VI. S. 211.

rufung von untergerichtlichen Entscheidungen, wenn der Gegenstand der Beschwerde den Werth von 50 Thalern hiesiger Währung übersteigt oder sich gar nicht schätzen läßt, oder eine unheilbare Nichtigkeit dargethan ist. Dieser Senat hat außerdem nach §. 44 die Aufsicht über die Concurse und über die freiwillige Gerichtsbarkeit bei den Untergerichten; ist die obervormundschaftliche Behörde für alle schriftsässigen Pflegbefohlenen und hat die freiwillige Gerichtsbarkeit hinsichtlich der Güter des Landesherrn und der Glieder des kurfürstl. Hauses (worüber ein erläuterndes Ministerialausschr. am 30. Jan. 1829[222]) erlassen worden ist); auch können bei ihm von Jedermann letzte Willen hinterlegt werden. Die Competenz der **Untergerichte** bildet nach §. 53 die Regel und erhält ihre nähere Begrenzung durch die über die Gerichtsbarkeit der Obergerichte getroffenen Bestimmungen. Die vormaligen Berggerichte sind im Jahre 1814 aufgehoben, und die Patrimonialgerichte[223]) nach der westphälischen Periode nicht wieder hergestellt worden[224]). Die Einrichtung der neu hinzugekommenen standesherrlichen Gerichte ist durch besondere Verordnungen[225]) geregelt, und die Ernennung der Beamten bedarf darnach der landesherrlichen Bestätigung. — Ueber das **Verfahren** in Civilrechtsstreitigkeiten bildet die älteste noch jetzt anwendbare Norm die Untergerichtsordnung vom 9. April 1732[226]); ihr zunächst stehen für das Verfahren bei den Obergerichten die Prozeßordnung v. 5. Sept. 1745[227]), und für die höchste Instanz bei dem Oberappellationsgerichte die Oberappellationsgerichtsordnung vom 15. Febr. 1746[228]), welcher das unbeschränkte Appellationsprivilegium v. 7. Dec. 1742 zum Grunde liegt[229]). Zur Verbesserung des Justizwesens und Abkürzung der Prozesse wurden besondere Verordnungen erlassen am 17. März 1767 und 6. Juli 1770[230]). Im Hanauischen dienen zur Norm des Verfahrens eine eigene Untergerichtsordnung vom 2. Jan. 1764, und die Hof- und Ehegerichtsordn. v. 17. Jan. 1747. Ueber die erstere ist zu vergleichen **Carl**, kl. jur. Auff. S. 54, und über das in derselben enthaltene besondere Verfahren über nachbarliche Irrungen eine eigene Schrift desselben Verfassers: die Natur der hanauischen Ganggerichte, geschichtlich erörtert. Han. 1827. Auch im Fuldischen gilt die han. Untergerichtsordn. nach einem besonderen zu diesem Zwecke veranstalteten Abdrucke. Außerdem wurde eine die Gerichtsbarkeit im

---

222) Gesetzsamml. S. 2.

223) Vgl. **Pfeiffer**, über die Grenzen der Civilpatrimonialjurisdiction. Gött. 1806.

224) Gesetzsamml. 1814 S. 15 u. 24.

225) Gesetzsamml. 1816 S. 179, 1818 S. 103.

226) N. S. d. L.-O. I. S. 324, wo sich zugleich eine vollständige Nachweisung der neueren Bestimmungen über die Untergerichtsbarkeit findet.

227) N. S. d. L.-O. II. S. 243, wo derselben als Anhang eine ausführliche Darstellung der Verfassung und des Geschäftskreises der Obergerichte, so wie des Verfahrens derselben in Civilsachen, beigefügt ist.

228) Das. II. S. 357.

229) Das. II. S. 235. Vgl. **Ledderhose**, kl. Schr. III. S. 157, §. 10.

230) Gesetzsamml. S. 139.

Großherzogthums Fulda regelnde Verordnung am 28. Dec. 1816 erlassen und darin eine frühere vom 19. Nov. 1804, das Verfahren bei den höheren Gerichten betreffend, mit einigen Modificationen bestätigt. Die oben (S. 262) erwähnte Bestimmung des Landtagsabschiedes von 1831 begriff auch diesen Theil der Gesetzgebung; es sind jedoch bis jetzt nur einzelne darauf bezügliche Verfügungen erschienen, namentlich von allgemeinerem Inhalte: das Gesetz v. 16. Sept. 1834, die Abstellung mehrerer im prozessualischen Verfahren wahrgenommenen Mängel betr., nebst der Vollzugsverord. v. 6. Nov. g. J.[231]). — Annahme des Eingeständnisses als Folge der Contumaz und Inappellabilität aller Vorerkenntnisse mit Ausnahme der die Eidesablage verfügenden bilden die hauptsächlichsten Abweichungen dieses Gesetzes von dem früheren Prozeßrechte —; sodann das Gesetz v. 18. Oct. 1834, über das Verfahren in minderwichtigen oder ihrer Beschaffenheit nach einfachen Rechtsstreiten, nebst der Vollzugsverordn. v. 7. Nov. g. J.[232]), und das Gesetz v. 24. Juli 1834[233]), das Verfahren über hypothekarische Klagen und Zwangsversteigerungen betr., welchem in Beziehung auf den letzterwähnten Gegenstand die Verordn. v. 5. Oct. 1821[234]) zur Grundlage dient. Sodann gehören noch aus der früheren Zeit hierher die Bestimmungen wegen des Verfahrens über Wechselsachen in der Prozeßordn. v. 1745, §. 26 flg., und in der Verordn. v. 6. Juli 1770, §. 15[235]), über Spoliensachen in der Verordn. v. 17. März 1767, §. 2 flg.[236]) — die exceptio spolii findet nicht mit aufschiebender Wirkung statt —; über Concurssachen in der gedachten Prozeßordn. §. 28 flg., der Verordn. v. 17. März 1767, §. 18 flg., der Verordn. v. 6. Juli 1770, §. 8 flg. und 15[237]), und in der Verordn. v. 29. Juni 1830[238]). Dabei sind insbesondere zu erwähnen mehrere einzelne Bestimmungen über das Vorzugsrecht im Concurse, namentlich des Gesindelohnes, durch landesherrlichen Beschluß v. 14. Sept. 1781[239]), der Reallasten durch die Verordn. v. 16. Mai 1786[240]), der Faustpfandgläubiger und antichretischen Pfandinhaber durch die Verordn. v. 6. Juli 1770, §. 12, mit dessen Erläuterung durch landesherrl. Beschluß vom 16. Juni 1797[241]), der Capitalzinsen durch die Verordn. v. 29. Juni 1830[242]), der Forderungen der Aerzte,

---

231) Gesetzsamml. S. 76 u. 169. Den Anfang eines Commentars zu diesem Gesetze von Bickell enthält das 1. Heft der unter II. erwähnten Zeitschrift.
232) Gesetzsamml. S. 101 u. 177.
233) Das. S. 59.
234) Gesetzsamml. S. 78.
235) N. S. d. L.=O. II. S. 248, III. S. 334.
236) Das. III. S. 205.
237) Das. II. S. 248, III. S. 289, 327, 335. Eine genaue Zusammenstellung aller gesetzlichen Bestimmungen über das Concursverfahren findet man das. II. S. 331 flg.
238) Gesetzsamml. S. 23.
239) N. S. d. L.=O. III. S. 559.
240) Das. IV. S. 30.
241) Das. III. S. 330, IV. S. 261.
242) Gesetzsamml. S. 23.

Wundärzte und Apotheker durch die Verordn. v. 10. Juli 1830, §. 143, 193 und 318[243]); der Vorschüsse von Saatkorn durch das Ministerialausschr. v. 7. Oct. 1830[244]). Die besonderen Bestimmungen des fuldischen Rechtes über die Rangordnung im Concurse sind ausdrücklich aufrecht erhalten worden in der Gerichtsordn. v. 28. Dec. 1816, §. 31[245]). Endlich gehört zu den allgemeineren Prozeßnormen auch noch die Verordn. v. 14. Aug. 1818, über das Verfahren in Pachtprozessen, mit weiteren darauf bezüglichen Bestimmungen v. 30. Mai 1820 und 14. Mai 1828[246]). Die bemerkenswertheren Verfügungen über einzelne Gegenstände des Prozeßrechtes sind: die Prozeßordn. v. 1745, §. 48 flg.[247]), das Verfahren über den Besitz einer Erbschaft betr., die Verordn. v. 1. Febr. 1749, §. 6[248]), über die Beweislast bei der negatorischen Klage; die Verordn. v. 6. Juli 1770, §. 1, über das Verfahren bei nachbarlichen Gebrechen, womit die Bauordnung v. 9. Jan. 1784, welche viele civilrechtliche Bestimmungen über nachbarliche Verhältnisse enthält, in Verbindung steht[249]); die Verordnungen v. 6. Juli 1770, §. 2, und v. 12. Aug. 1820[250]), über das Verfahren bei Injurienklagen, womit auch das Gesetz v. 20. Dec. 1840, §. 5[251]), in Verbindung steht; die Verordn. v. 6. Juli 1770, §. 7[252]), mehrere Beschränkungen der Eideszuschiebung, namentlich auch gegen schriftliche Contracte enthaltend; die Verordn. v. 5. Mai 1798, gegen die Mißbräuche in Ansehung der Abschriftsgebühren, und das denselben Gegenstand betreffende Ministerialausschr. v. 27. Dec. 1822[253]); die Verordn. v. 24. Febr. 1801[254]), wegen Beschränkung des Perhorrescenzeides; die Verordn. v. 14. März 1815[255]), über den Beweis zur Verhütung des Meineides; das Regierungsausschr. v. 16. Juni 1815, die gerichtliche Beitreibung der gutsherrlichen Zinsen und Gefälle betr., und dessen Ausdehnung durch das Ministerialausschr. v. 30. Oct. 1823[256]); die Verordn. v. 19. Nov. 1816[257]), wegen Mittheilung der Entscheidungsgründe der Erkenntnisse; die Verordnungen vom 12. Juni 1818 und 17. Nov. 1829, auch das Gesetz v. 18. Oct. 1834[258]), die Gebühren der Anwälte und Sachwalter betr.; die Verordnungen v. 1. Mai 1818 und 6. Febr. 1821[259]),

243) Das. S. 61, 69, 91.
244) Das. S. 129.
245) Gesetzsamml. S. 142.
246) Gesetzsamml. 1818 S. 93, 1820 S. 56, 1828 S. 23.
247) R. S. d. L.-O. II. S. 253.
248) Das. III. S. 2.
249) Das. III. S. 324 u. 585.
250) R. S. d. L.-O. III. S. 325. Gesetzsamml. 1820 S. 70.
251) Gesetzsamml. S. 75.
252) R. S. d. L.-O. III. S. 327.
253) R. S. d. L.-O. IV. S. 296. Gesetzsamml. 1822 S. 76.
254) R. S. d. L.-O. IV. S. 354.
255) Gesetzsamml. S. 105.
256) Gesetzsamml. 1815 S. 123, 1823 S. 46.
257) Gesetzsamml. S. 111.
258) Gesetzsamml. 1818 S. 67, 1829 S. 75, 1834 S. 112.
259) Gesetzsamml. 1818 S. 55, 1821 S. 3.

den Gerichtsstand der Standesherren, deßgleichen die Verordn. v. 30. Oct. 1818 [260]), den Gerichtsstand des kurfürstl. Hauses betr.; das Regierungsausschr. v. 18. Febr. 1819 [261]), den Gerichtsstand des Gesindes schriftsässiger Personen betr.; die Verordn. v. 23. April 1821 [262]), wegen Beschränkung der Militärgerichtsbarkeit; die Depositenordnung v. 29. Sept. 1823 [263]); die Ministerialausschr. v. 31. Mai und 26. Aug. 1824, auch 15. Nov. 1825 [264]), die Bevollmächtigung wegen Rechtsstreitigkeiten betr.; das Ministerialausschr. v. 2. Febr. 1825 [265]), die Schuldklagen gegen Subalternofficiere u. s. w. betr.; das Ministerialausschr. v. 30. März 1825 [266]), den Gerichtsstand der unvertheilten Erbschaft betr.; das Ministerialausschr. v. 8. April 1825 [267]), wegen der privatrechtlichen Streitigkeiten zwischen der Dienstherrschaft und dem Gesinde; die Verordn. v. 24. Juli 1825 [268]), über den Landsassiat; die Verordn. v. 22. Dec. 1828 [269]), über das Armenrecht in gerichtlichen Sachen; das Ministerialausschr. v. 29. Dec. 1828, die Civilgerichtsbarkeit der Landesuniversität betr., womit die akademischen Gesetze vom 10. Dec. 1819 [270]) zu vergleichen sind. — Aus dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit kommen hauptsächlich in Betracht die Contractenordnung v. 9. Jan. 1732 [271]), mit den sie ergänzenden Bestimmungen, unter denen aus der neueren Zeit die Verordn. v. 17. Juni 1828 [272]), die Uebergänge des Grundeigenthums und deren Eintragung in die gerichtlichen Währschaftsbücher betr., vorzüglich bemerkenswerth ist; dahin gehören auch die Vorschriften über die Einrichtung der Währschafts- und Hypothekenbücher, namentlich in dem Regierungsausschr. v. 9. Mai 1801 und Ministerialausschr. v. 9. Mai 1822 [273]). Die Mitwirkung der Notare zu Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist in hohem Grade beschränkt durch mehrere gesetzliche Verfügungen, welche in der neuesten derselben, dem Regierungsausschr. v. 22. Juli 1814 [274]), speciell angeführt sind. Von einzelnen in diese Gattung der Gerichtsbarkeit einschlagenden Bestimmungen sind nur zu erwähnen die auf Errichtung gericht-

260) Gesetzsamml. S. 115.
261) Gesetzsamml. S. 10.
262) Gesetzsamml. S. 18.
263) Gesetzsamml. S. 27.
264) Gesetzsamml. 1824 S. 81, 87, 1825 S. 14.
265) Gesetzsamml. S. 1.
266) Das. S. 6.
267) Das. S. 7.
268) Das. S. 62.
269) Gesetzsamml. S. 53.
270) Gesetzsamml. S. 83.
271) N. S. d. L.-O. I. S. 309.
272) Gesetzsamml. S. 24.
273) N. S. d. L.-O. IV. S. 359. Gesetzsamml. 1822 S. 20. Eine übersichtliche Zusammenstellung aller über das Währschafts- und Hypothekenwesen vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen findet man in der n. S. d. L.-O. I. S. 313 flg.
274) Gesetzsamml. S. 74.

licher Inventare in den verschiedenen dazu geeigneten Fällen sich beziehenden Verordnungen v. 24. Aug. 1748, 26. Jan. 1761 und 17. März 1787 [275]). Des Vormundschaftswesens wurde bereits oben unter IV. gedacht. Manches Eigenthümliche bei der Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit bieten die fuldaische und hanauische Gesetzgebung dar.

VII. Strafrechtspflege. Nach dem Organ.-Edicte v. 29. Juni 1821, §. 39 [276]), bildet der Criminalsenat des Oberappellationsgerichtes die höchste Instanz in Beziehung auf Strafurtheile sowohl der Obergerichte (worunter auch die Forstrügencommissionen mit zu verstehen sind: N. S. d. L.-O. IV. S. 427), als der Militärbehörden, und ist die unmittelbare Strafgerichtsbehörde für die, nicht im Staatsdienste stehenden, Standesherren; sodann geht dahin, zufolge der Verordn. v. 27. Nov. 1821, §. 7 [277]), die Berufung gegen Straferkenntnisse der Residenzpolizeicommission. Die Competenz der Criminalsenate der Obergerichte bestimmt der §. 46, und über die Polizeigerichtsbarkeit verfügt der §. 54 des Organ.-Edictes [278]); auf die letztere beziehen sich auch mehrere spätere Verordnungen [279]), unter denen die v. 19. Nov. 1827 [280]), über die polizeigerichtliche Strafbefugniß, eine besondere Erwähnung verdient. — Als hauptsächlichste Norm des Verfahrens in den, nicht zur Polizeigerichtsbarkeit gehörigen, Strafsachen gilt noch jetzt die peinliche Gerichtsordn. v. 23. April 1748 [281]), sammt den in den Anmerkungen zu derselben angeführten weiteren Bestimmungen. Eine besondere Militärstrafgerichtsordnung wurde am 21. März 1829 [282]) erlassen, worauf sich auch die Gesetze v. 1. Oct. 1834 und 12. Juli 1838 beziehen; und durch ein Gesetz v. 3. Aug. 1833 [283]) erfolgte die Bestimmung der Strafgerichtsbehörden für Forst-, Jagd- und Fischereivergehen. Die Verordnungen v. 12. Dec. 1821 und 19. Nov. 1827 [284]) bestimmen die Rechtsmittel in Strafsachen, und das Ministerialausschr. v. 24. Juni 1822 verfügt über die Verwandlung der Geldbußen in Gefängniß- oder Arbeitsstrafen, deren Verhältniß zu einander das Ministerialausschr. v. 14. Febr. 1827 festsetzt [285]). Schließlich sind noch das Ministerialausschr. v. 31. Aug. 1822 [286]), über das gerichtliche Verfahren wegen Amtsvergehungen und Entsetzung öffentlicher Diener, die Verordn. v. 17. Aug.

275) N. S. d. L.-O. I. S. 552, III. S. 38, IV. S. 15. Eine Zusammenstellung aller hierüber vorhandenen Vorschriften: Das. III. S. 259 flg.
276) Gesetzsamml. S. 38.
277) Das. S. 90.
278) Das. S. 39 u. 41.
279) Das Nähere über die gegenwärtige Strafgerichtsverfassung findet man in der n. S. d. L.-O. II. S. 431 flg.
280) Gesetzsamml. S. 54.
281) N. S. d. L.-O. II. S. 428.
282) Gesetzsamml. 1829 S. 3, 1834 S. 97, 1838 S. 25.
283) Gesetzsamml. S. 183.
284) Gesetzsamml. 1821 S. 99, 1827 S. 56.
285) Gesetzsamml. 1822 S. 27, 1827 S. 8.
286) Gesetzsamml. S. 43.

1827[287]), das Verfahren wider Wilddiebe und Jagdfrevler betr., und das Ministerialausschr. v. 9. April 1828[288]), über das Verfahren in Feldrügesachen, zu erwähnen.

VIII. Verwaltungs- und Polizeirecht. Die oberen Behörden für die innere Landesverwaltung sind nach dem Organ.-Edicte von 1821, Tit. II[289]), zunächst die Regierungen, deren 4 zu Cassel, Marburg, Fulda und Hanau bestehen, und welchen auch nach §. 59, Nr. 10, die Geschäfte des Lehnhofes unter Beibehaltung der bisherigen Abgrenzung (mit Ausnahme jedoch der streitigen Lehnssachen, welche durch die Verordn. v. 12. Dec. 1821, §. 4[290]), den Obergerichten nach derselben Abgrenzung überwiesen sind, zu besorgen haben; daneben bestehen die Polizeidirectionen, das Obermedicinalcollegium und die Oberbaudirection[291]), nebst mehreren anderen im §. 24[292]) genannten Directionen und Commissionen. Ersteren untergeordnet sind hauptsächlich die Kreisräthe (jetzt Landräthe), sodann die Ortsvorstände, welchen in dieser Beziehung nach §. 61 der Gemeindeordnung[293]) die Eigenschaft von Hilfsbeamten des Staates zukommt. Eine allgemeine Uebersicht aller amtlichen Obliegenheiten dieser unteren Verwaltungsbeamten, besonders auch in polizeilicher Hinsicht, mittelst Zusammenstellung des wesentlichen Inhaltes der früheren darauf bezüglichen Verordnungen u. s. w. gewährt die Grebenordn. v. 6. Nov. 1739[294]). Von allgemeineren Anordnungen der inneren Verwaltung, beziehungsweise Polizei, sind hier anzuführen: mehrere Feuerordnungen, deren älteste vom Jahre 1732, die neueste (für die Residenzstadt Cassel) vom 24. Febr. 1818[295]); die Zehntordn. v. 16. Juli 1737, mit einigen nachgefolgten Erläuterungen[296]), die Brandcassenordn. v. 27. April 1767, welches Institut späterhin auf die neueren Gebietstheile ausgedehnt worden, und welchem auch Hessen-Homburg und Sachsen-Meiningen beigetreten sind[297]); die Fischereiordn. v. 18. April 1777, nebst dem darauf bezüglichen Kammerausschr. v. 8. April 1788[298]); der Bauordnung von 1784 wurde bereits oben unter VI. gedacht; mehrere Gesindeordnungen, namentlich für die Städte Cassel, Marburg, Rinteln und Hanau v. 15. Mai 1797, für die Landstädte und Dörfer v. 18. Mai 1801, für die Stadt Fulda v. 28. Dec. 1816[299]); die Verordn. v. 19. Jan. 1799[300]), wegen der Ein-

287) Gesetzsamml. S. 42.
288) Gesetzsamml. S. 17.
289) Das. S. 44.
290) Das. S. 98.
291) Das. S. 44, 45 u. 47.
292) Das. S. 35.
293) Gesetzsamml. 1834 S. 197.
294) R. S. d. L.-O. II. S. 65. Eine Vervollständigung derselben durch die neueren gesetzlichen Bestimmungen ebendas. S. 158 flg.
295) R. S. d. L.-O. III. S. 507 flg. Gesetzsamml. 1818 S. 15.
296) R. S. d. L.-O. II. S. 9, 21, 211.
297) Das. III. S. 224.
298) R. S. d. L.-O. III. S. 463, IV. S. 83.
299) Das. IV. S. 253, 368. Gesetzsamml. 1816 S. 173.
300) R. S. d. L.-O. IV. S. 310.

quartierung; die Verordn. v. 5. Juni 1801[301]), wegen des Hebammenwesens; die Zunftordnung v. 5. März 1816[302]); die Verordn. v. 24. Dec. 1819 und das Ministerialausschr. v. 24. April 1826[303]), die Straßenbaupolizei betr.; die Mühlenordnung v. 29. Dec. 1820[304]); die Statuten der Wittwen- und Waisenanstalten für Civildiener der höheren Classen v. 26. März 1802 und 20. Nov. 1823, für die geringeren Civildiener v. 29. März 1827, und für das Militär v. 21. Febr. 1828 und 30. April 1838[305]); die Verordn. v. 29. Nov. 1823[306]), Maßregeln der Sicherheitspolizei wegen heimathloser u. s. w. Personen, so wie der Reisenden und Fremden; womit in einiger Beziehung stehen die Verordnungen v. 13. Nov. 1820 und 29. Oct. 1834[307]), wegen des Landdragonercorps oder der jetzt sogen. Landgendarmerie; die Verordn. v. 31. Dec. 1824[308]), den Wasserbau betr., und die Medicinalordnung v. 10. Juli 1830, mit welcher auch die wegen des Verkaufes der Gifte am 25. Oct. 1823, und wegen des Arzneihandels außer den Apotheken am 22. Jan. 1824 erlassenen Ministerialausschreiben[309]) ihrem Gegenstande nach verwandt sind. Von über einzelne polizeiliche Gegenstände erlassenen gesetzlichen Verfügungen sind nur bemerkenswerth: das Verbot der Glücksspiele, insonderheit durch die Verordnungen v. 28. April 1778, 1. Juli 1802 und 13. Oct. 1817, womit auch die Beschränkung des Lotteriespielens durch das Ministerialausschr. v. 8. Mai 1824 in Verbindung steht[310]); die Verordn. v. 5. Dec. 1788[310a]), gegen den Gebrauch der Windbüchsen; die Verordnungen v. 15. Dec. 1815 und 31. Dec. 1828[311]), die Verbreitung der Blatternseuche und Impfung der Schutzpocken betr.; das Verbot des Kaufes und Verkaufes der noch im Felde stehenden Früchte vom 2. Juli 1817[312]); das Verbot des Hetzens des Schlachtviehes v. 11. Juli 1819[313]); die Verordn. v. 20. Febr. 1821, wegen Bestrafung des Leihens auf Pfänder gegen Wochen- oder Hellerzins, womit das (mehrmals erneuerte) Privilegium des Leihhauses zu Cassel vom 19. April 1721 in nahem Zusammenhange steht[314]); das Ministerialausschr. v. 17. Juni 1824[315]), das Mäkeln von An-

301) Das. S. 380.
302) Gesetzsamml. S. 9.
303) Gesetzsamml. 1819 S. 94, 1826 S. 16.
304) Gesetzsamml. S. 118.
305) Aelt. S. d. L.-O. Th. VIII, S. 83. Gesetzsamml. 1823 S. 49, 1827 S. 29, 1828 S. 5, 1838 S. 19.
306) Gesetzsamml. S. 57.
307) Gesetzsamml. 1820 S. 89, 1834 S. 161.
308) Gesetzsamml. S. 99.
309) Gesetzsamml. 1830 S. 29, 1823 S. 43, 1824 S. 1.
310) N. S. d. L.-O. III. S. 384, IV. S. 407. Gesetzsamml. 1817 S. 82, 1824 S. 70.
310a) N. S. d. L.-O. IV. S. 141.
311) Gesetzsamml. 1815 S. 31b, 1828 S. 65.
312) Gesetzsamml. S. 67.
313) Gesetzsamml. S. 37.
314) Gesetzsamml. 1821 S. 5. N. S. d. L.-O. I. S. 249.
315) Gesetzsamml. S. 83.

lehen betreffend, worüber auch schon Bestimmungen in der unter V. erwähnten Wucherordn. v. 1800, nebst deren Erläuterung vom 27. März und 29. Mai 1804 in Beziehung auf das Mäkelgeld bei Heurathen[316]), vorkommen; die Verordn. v. 18. Oct. 1828[317]), über das Hirtenwesen; und vom 16. Mai 1829, gegen den Büchernachdruck, nebst dem Ministerialausschr. v. 2. Nov. 1832, wodurch der deßfallsige Bundesbeschluß zur allgemeinen Kenntniß gebracht worden ist[318]). Des Censurwesens wurde bereits unter III. zu §. 37 der Verfassungsurkunde gedacht.

IX. Finanzrecht. Außer demjenigen, was hierüber bereits unter III. zum 11. Abschn. der Verfassungsurkunde vorgetragen worden, ist hier noch speciell anzuführen. Als obere Finanzbehörden existiren nach der hiermit seit dem Organ.-Edicte von 1821 erfolgten Veränderung, wie sich nächst dem Staatshandbuche aus der Beilage zum neuesten Finanzgesetze[319]) ergibt: eine Direction des Staatsschatzes, eine Direction der Hauptstaatscasse, eine Oberfinanzkammer, ein Obersteuercollegium, eine Oberzolldirection, ein Oberforstcollegium und eine Direction der Berg- und Salzwerke. Das nutzbare Eigenthum und die Verwaltung sämmtlicher Posten ist dem Fürsten v. Thurn und Taxis, zufolge einer Verordn. v. 29. Juni 1816[320]), als Erbmannthronlehen übertragen. Von neuen beziehungsweise neu eingerichteten Steuergattungen sind zu bemerken: die Stempelsteuer, insofern darunter die Gebühren für gerichtliche u. s. w. Verhandlungen mit begriffen sind[321]), worüber das neueste Gesetz am 26. Febr. 1841 erlassen worden[322]); die Classensteuer, welche alles Einkommen und namentlich auch die Besoldungen der Staatsdiener trifft, zuerst eingeführt im Jahre 1833 und modificirt durch ein Gesetz v. 14. Juni 1837[323]); die Hundesteuer nach einem Gesetze v. 26. Juni 1840[324]), und die Gewerbesteuer nach einem Gesetze v. 21. Juli 1840[325]). Sämmtliche indirecte Steuern, in Ansehung deren schon früher alle Befreiungen aufgehoben waren[326]), sind nach der neuen Zolleinrichtung, deren noch unter XI. gedacht werden wird, in dem derselben entsprechenden Tarife sowohl für die eigentlichen Zölle, als für die Besteuerung inländischer Erzeugnisse begriffen. Ueber den Umfang des Rechtsweges in Steuersachen wurde eine besondere Verordnung am 30. April 1819[327]) erlassen, und das Verfahren gegen Rechnungsführer öffentlicher

316) R. S. d. L.-O. IV. S. 436, 440.
317) Gesetzsamml. S. 45.
318) Gesetzsamml. 1829 S. 31, 1832 S. 237.
319) Gesetzsamml. 1840 S. 67 flg.
320) Gesetzsamml. S. 79.
321) Gesetzsamml. 1822 S. 49.
322) Gesetzsamml. S. 3.
323) Gesetzsamml. 1833 S. 51, 1837 S. 9.
324) Gesetzsamml. S. 30.
325) Gesetzsamml. S. 36.
326) Gesetzsamml. 1817 S. 69, 1818 S. 89, 1820 S. 54.
327) Gesetzsamml. S. 29. Vgl. auch Pfeiffer, pract. Ausf. I. S. 253 flg., VI. S. 86.

Cassen durch ein Gesetz v. 17. Mai 1834 [328]) geordnet. Ueber das Münzwesen sind vielfältige Edicte erlassen worden, die auch viele civilrechtliche Bestimmungen enthalten; die neueste Münzordnung aus der früheren Zeit ist vom 21. März 1766, die dermaligen Münzverhältnisse sind ersichtlich aus den Gesetzen v. 3. Mai 1834 und 18. Jan. 1841 [329]). Bemerkenswerth ist auch noch die wegen Verleihung der Rottländereien am 8. Nov. 1824 ergangene Verordnung.

X. Kirchenrecht. Die Organisation der Kirchenbehörden ist wesentlich verschieden in den Gebietstheilen, in welchen die evangelische und in welchen die katholische Confession die vorherrschende ist. Jene wird gebildet durch drei Consistorien, das zu Cassel, unter sich begreifend die Superintendenturen Cassel, Allendorf und Rinteln, und die Inspecturen Hersfeld und Schmalkalden, das zu Marburg mit zwei Diöcesen, wovon die eine vorzugsweise die lutherischen, die andere die reformirten Pfarreien unter sich begreift, und das zu Hanau mit den standesherrlichen Unterconsistorien; als selbstständige katholische Kirchenbehörde erscheint das Bisthum nebst dem Domcapitel zu Fulda, begründet durch die mittelst Verordn. v. 31. Aug. 1829 [330]) verkündigten päbstlichen Bullen v. 16. Aug. 1821 und 11. April 1827 [331]). Sehr vollständige Hilfsmittel zur Kenntniß der kurhessischen Kirchenverfassung, insonderheit der evangelischen [332]), in statistischer und juristischer Hinsicht, gewähren Ledderhose's Beitr. zur Beschreibung des Kirchenstaates der hessen-cassel'schen Lande, Cassel 1780, umgearbeitet und sehr erweitert von W. Bach. Cassel 1835. Ledderhose's Versuch einer Anleitung zum h.-cassel'schen Kirchenrechte, Cassel 1785, in einer zeitgemäßen Umarbeitung von J. Ch. Pfeiffer. Marb. 1821; dieses, auf Nieder- und Oberhessen nebst der Grafschaft Schaumburg sich beschränkende Werk theilt im §. 8 die weitere Literatur mit. Nur beiläufig ist der Schriften über den sehr unerfreulichen sogen. Symbolstreit, welcher durch Bickell's Abh. über die Verpflichtung der evang. Geistlichen auf die symbol. Schriften, Cassel 1839, veranlaßt worden, zu erwähnen. Ueber die kirchlichen Verhältnisse der protestantischen Unterthanen im Großherzogthume Fulda ist eine besondere Verordn. am 28. Dec. 1816 [333]) erlassen worden. Die hauptsächlichste Quelle des evangelischen Kirchenrechtes in Kurhessen sind die Reformationsordn. in Kirchen- und Polizeisachen vom Jahre 1656, die Presbyterialordn. v. 1. Febr. 1657, die Consistorialordn. v. 12. Juli 1657 — in deren, die Ehe- und Divortiensachen betreffendem, Cap. XV. die Consistorien (an deren

---

328) Gesetzsamml. S. 43. Pfeiffer a. a. O. III. S. 522, VI. S. 96.

329) N. S. d. L.-O. III. S. 190. Gesetzsamml. 1834 S. 27, 1841 S. 1.

330) Gesetzsamml. S. 45.

331) Worauf auch die Uebereinkunft der bei der oberrheinischen Kirchenprovinz betheiligten Staaten v. 5. März 1830 bei Martens l. c. XIV. 34. sich bezieht.

332) Einen bemerkenswerthen Aufsatz über dieselbe findet sich in Pütter's Erört. und Beisp. des teutsch. Staats- und Fürstenrechtes Th. II, Nr. XIV.

333) Gesetzsamml. S. 167.

Stelle in dieser Hinsicht die Obergerichte getreten sind) auf die beschriebenen geistlichen und weltlichen Rechte und insonderheit auch auf die Reformations=, Kirchen= und Polizeiordnung zu erkennen angewiesen werden — und die Kirchenordn. v. 12. Juli 1657[334]). In Folge einer im Jahre 1818 zu Hanau stattgehabten Synode kam es daselbst zu einer Vereinigung der beiden protestantischen Religionstheile für das Fürstenthum Hanau, das Großherzogthum Fulda und das Fürstenthum Isenburg, welche durch eine Verordn. v. 4. Juli 1818[335]) bestätigt wurde. In Althessen haben nur zwei Städte: Frankenberg und Rauschenberg, den Versuch einer solchen gemacht, jedoch ohne vollständigen Erfolg[336]). Das Verhältniß zwischen evangelischen Gemeinden verschiedener Confession rücksichtlich der pfarramtlichen Handlungen ist durch ein Ministerialausschr. v. 18. Aug. 1827[337]) geordnet, so wie deren Verhältniß zu den katholischen Gemeinden durch ein Regulativ v. 17. Sept. 1818 und ein Ministerialausschr. v. 18. Aug. 1823[338]); das gedachte Regulativ verfügt insonderheit über die gemischten Ehen, daß die Confession des Bräutigams die Befugniß des Pfarrers zur Trauung bestimme, und in der Regel die Söhne der Religion des Vaters, die Töchter der Religion der Mutter folgen. Rücksichtlich der katholischen geistlichen Gerichtsbarkeit sind die Grenzen der Wirksamkeit des Generalvicariats zu Fulda durch die Verordn. v. 17. April 1818[339]) festgestellt; sodann ist über die Competenz in Personalklagen gegen katholische Geistliche durch die Verordn. v. 24. Dec. 1824, und über die streitigen Ehesachen der Katholiken durch die Verordn. v. 6. Sept. 1829[340]) Verfügung getroffen. Die Ausübung des landesherrlichen Schutz= und Aufsichtsrechtes über die katholische Kirche ist, mit Bezugnahme auf die oben erwähnten päbstlichen Bullen, durch die Verordn. v. 30. Jan. 1830, und die des kirchlichen Censur= und Strafrechtes des Bischofs zu Fulda durch ein mittelst Ministerialausschr. v. 25. Jan. 1834 verkündetes Regulativ näher bestimmt worden[341]). Ueber die Veräußerung und Verpfändung, auch Vererbleihung der Kirchengüter sind fürstliche Ausschr. v. 16. Oct. 1556 und 18. Juni 1564, nebst einem Regierungsrescr. v. 24. April 1789, ergangen[342]). Sehr genaue Bestimmungen über die Baukosten zu Kirchen=, Pfarr= und Schulhäusern enthalten die Verordn. vom Nov. 1718, nebst dem landesherrl. Beschlusse v. 7. Oct. 1735, die Consistorialausschr. v. 28. Febr. 1766, 12. Mai 1775 und 23. Aug. 1777, nebst dem Consistorialrescr. v. 8. Jan. 1785[343]). Ueber die Führung der Kirchen-

334) R. S. d. L.=O. IV. S. 95, 125, 134, 150.
335) Gesetzsamml. S. 79.
336) Bach a. a. O. S. 614 u. 676.
337) Gesetzsamml. S. 45.
338) Gesetzsamml. 1818 S. 101, 1823 S. 23.
339) Gesetzsamml. S. 51.
340) Gesetzsamml. 1824. S. 97, 1829 S. 69.
341) Gesetzsamml. 1830 S. 5, 1834 S. 4.
342) R. S. d. L.=O. I. S. 15, 16, IV. S. 147.
343) R. S. d. L.=O. I. S. 247, 381, III. S. 175, 442, 474, 608. Vgl. auch Pfeiffer, pract. Ausf. II. S. 344.

und Pfarrbücher ertheilt genaue Vorschriften die Verordn. v. 28. Dec. 1829[344]). Die Pfarrwittwencassen haben zum Gegenstande das fürstl. Rescript v. 18. Aug. 1714 und das Consistorialausschr. v. 8. Aug. 1732[345]). Die Erhaltung der Einkünfte und Güter der milden Stiftungen wird durch die Verordn. v. 26. Nov. 1749, nebst dem landesherrl. Rescr. v. 24. Oct. 1752, und die Sicherstellung derselben bei Geldausleihungen durch die Verordn. v. 30. Jan. 1808 bezweckt[346]).

XI. Auswärtige Verhältnisse. Des Verhältnisses Kurhessens zum teutschen Bunde ist im allgemeinen bereits oben unter III. zu den §§. 1 und 157 der Verfassungsurkunde Erwähnung geschehen, auch wurden unter III. zu §. 37 der Verfassungsurkunde, sodann unter V. und VIII., Beispiele von daselbst verkündigten Bundesbeschlüssen (die Mißbräuche der Presse, die Sicherstellung der öffentlichen Ruhe, die Vergehen gegen den Bund und den Büchernachdruck betr.) angeführt. Insbesondere ist hier noch zu erwähnen die öffentliche Bekanntmachung folgender Bundesbeschlüsse: Die allgemeine Nachsteuer- und Abzugsfreiheit zwischen den teutschen Bundesstaaten betreffend, mittelst Regierungsausschr. v. 5. Aug. 1817[347]) — mit außerteutschen Staaten bestehen deßfalls besondere Vereinbarungen: mit Dänemark von 1789, Neapel und Sicilien 1818, Preußen 1819, Schweden und Norwegen 1819, mit den Niederlanden 1821, Oesterreich 1837, Schweiz 1838 und Sardinien 1839[348]) —, das allgemeine Cartel für den teutschen Bund in Beziehung auf Militärpflichtige durch Verordnungen vom 29. März 1831 und 18. Juli 1832[349]); das Bundesschiedsgericht für Streitigkeiten zwischen den Regierungen und den Ständen betr., mittelst Verordn. v. 26. Nov. 1834[350]). Zunächst kommen sodann in Betracht die zwischen dem größten Theile der zu einem allgemeinen Zollvereine verbundenen teutschen Staaten über diese Zollverhältnisse abgeschlossenen Verträge, deren Erneuerung, mit dem Zutritte noch einiger Staaten, beziehungsweise Gebietstheile, welche bis dahin keinen Antheil daran genommen hatten, im Jahre 1841 zu Stande gekommen ist[351]); hieran schließt sich die zwischen den Vereinsstaaten abgeschlossene, am 31. Jan. 1839[352]) verkündigte, allgemeine Münzconvention, so wie die über den Gütertransport auf dem Rheine geschlossene, durch ein Ministerialausschr. v. 6. Jan. 1842 bekannt gemachte Vereinbarung[353]); auch steht damit in einiger Beziehung der von dem Vereine mit Hannover und Oldenburg abgeschlossene, am 12. Jan.

344) Gesetzsamml. S. 83.
345) R. S. d. L.-O. I. S. 246, 360.
346) Das. I. S. 28 u. 49, IV. S. 461.
347) Gesetzsamml. S. 71.
348) R. S. d. L.-O. IV. S. 160. Gesetzsamml. 1818 S. 117, 1819 S. 2 u. 32, 1821 S. 15, 1837 S. 25, 1838 S. 67, 1839 S. 21.
349) Gesetzsamml. 1831 S. 109, 1832 S. 219.
350) Gesetzsamml. S. 219.
351) Gesetzsamml. S. 51, 65 u. 75 flg.
352) Gesetzsamml. S. 5.
353) Gesetzsamml. S. 1.

1842[354]) verkündigte Handelsvertrag. Dergleichen Verträge bestehen auch mit den Niederlanden, nach einer Verkündigung v. 22. April 1839, und mit Bremen nach einem Ministerialausschr. v. 3. Sept. 1840[355]). Eine über die Schifffahrt auf der Weser von sämmtlichen Staatsregierungen, deren Gebiet dieser Strom berührt, abgeschlossene Uebereinkunft, nebst deren nachheriger Revision, wurde durch Ministerialausschr. v. 30. Jan. 1824 und 21. Febr. 1826[356]) verkündigt. In Beziehung auf die Ausübung der Rechtspflege ist durch die Verordn. v. 25. April 1826[357]) die Leistung der von ausländischen Behörden begehrten Rechtshilfe nach dem Grundsatze wechselseitiger gleichmäßiger Willfährigkeit allgemein vorgeschrieben worden; dasselbe galt schon früher rücksichtlich der Sistirung der eines im Auslande begangenen Verbrechens oder Vergehens beschuldigten Unterthanen, zufolge der Verordn. v. 1. Sept. 1820[358]); besondere Uebereinkünfte wegen dieses Gegenstandes, so wie wegen des Transportes der Angeschuldigten u. s. w. und der deßfallsigen Kosten, bestehen mit Preußen von 1818 und 1820, Braunschweig 1819 und 1823, Schaumburg-Lippe 1819, Sachsen-Weimar von 1818, 1820, 1824 und 1828, Lippe-Detmold 1820, Sachsen-Gotha und Coburg 1822, Waldeck 1823 und 1828 und Sachsen-Meiningen 1824[359]); insbesondere rücksichtlich der Waldfrevler mit Preußen 1821, Großh. Hessen 1823 und 1826, S.-Coburg-Gotha 1830 und 1834, Waldeck und Bayern 1835, S.-Weimar 1836, Großh. Hessen 1838, Hannover 1839 und S.-Meiningen 1840[360]). Speciell ausgenommen von der wechselseitigen Rechtshilfe ist die Sistirung der Zeugen in Civilsachen, den preußischen und hannöver'schen Gerichten gegenüber[361]). Ueber die Gerichtskosten in Polizei- und Zollstrafsachen ist eine besondere Uebereinkunft mit Hannover eingegangen worden, zufolge der Ministerialausschr. v. 8. Nov. 1834 und 31. März 1841[362]). Weiter bestehen Verträge mit Bayern über die wechselseitige Zulassung der Unterthanen zum Armenrechte, zufolge Ministerialausschr. v. 3. März 1827[363]), und über die Strafgerichtsbarkeit in den Condominatsbezirken (im sogen. Sinngrunde), zufolge Gesetz v. 26. Aug. 1841[364]), welches sich auf die Landtags-

354) Gesetzsamml. S. 23.
355) Gesetzsamml. 1839 S. 23, 1840 S. 49.
356) Gesetzsamml. 1824 S. 3, 1826 S. 2. Martens, suppl. VI. 301. 840.
357) Gesetzsamml. S. 17.
358) Gesetzsamml. S. 73.
359) Gesetzsamml. 1818 S. 128, 1820 S. 80, 1819 S. 41, 1823 S. 17, 1819 S. 45 u. 77, 1819 S. 40, 1820 S. 23, 1824 S. 34, 1828 S. 13, 1820 S. 48, 1822 S. 41, 45, 1823 S. 15, 1828 S. 21, 1824 S. 33.
360) Gesetzsamml. 1821 S. 27, 1823 S. 1, 1826 S. 24, 1830 S. 18, 1834 S. 57, 1835 S. 1 u. 19, 1836 S. 79, 1838 S. 73, 1840 S. 72.
361) N. S. d. L.-O. I. S. 344, IV. S. 208, 435.
362) Gesetzsamml. 1834 S. 178, 1841 S. 31.
363) Gesetzsamml. S. 29.
364) Gesetzsamml. S. 49.

verhandlungen vom gedachten Jahre[365]) gründet; mit Schaumburg-Lippe über den Gerichtsstand des Gesammtbergamtes zu Obernkirchen, zufolge Ministerialausschr. v. 11. Aug. 1841[366]), mit Waldeck wegen Sistirung der Fornicanten, zufolge Regierungsrescr. v. 14. Jan. 1792, womit auch ein Regierungsrescr. v. 8. Jan. 1820 zu vergleichen ist[367]). Mit Preußen sind auch Verträge eingegangen über die gegenseitigen Militärdurchmärsche, zufolge Ausschreiben v. 28. Juni 1817; 12. Mai 1834 und 9. Mai 1838[368]), sodann wegen des Transportes von Militärverhafteten, zufolge Regierungsausschr. v. 5. Juni 1819[369]), und wegen Auslieferung der Deserteurs und ausgetretenen Militärpflichtigen, zufolge Ausschr. des Generalkriegscollegiums v. 15. Juni 1818[370]). Die meisten der bisher erwähnten Verträge finden sich in Martens, recueil de traités abgedruckt. — Mehrere ältere Verträge mit auswärtigen Staaten, insonderheit auch über Grenzverhältnisse, entbehren der öffentlichen Beurkundung. B. W. P.

Hessen-Darmstadt, Großherzogthum. (Hessen bei Rhein.) Als Philipp der Großmüthige, Landgraf von Hessen, im Jahre 1562, fünf Jahre vor seinem Ableben, seinen letzten Willen errichtete, der von den Landständen untersiegelt ward, und darin den Erbtheil seiner vier Söhne bestimmte, verordnete er, daß seinem jüngsten Sohne, Georg, ungefähr der 8. Theil des Landes, die obere Grafschaft Katzenelnbogen, welche, nebst der Niedergrafschaft Katzenelnbogen, im Jahre 1479 durch Heurath zu Hessen gekommen war, als Erbe zufallen solle[1]). Dieser Landgraf Georg I. von Hessen-Darmstadt ist der Stammvater der jetzt großherzoglich hessischen Regentenfamilie. Bei dem kinderlosen Tode des zweiten und dritten Sohnes Philipp's des Großmüthigen vermehrten sich die Besitzungen durch den Erwerb eines Theiles von Oberhessen und der Niedergrafschaft Katzenelnbogen[2]). Spätere Erwerbungen fügten andere Landestheile hinzu. So wurde z. B. durch Heurath mit der Erbtochter des letzten Grafen von Hanau im Jahre 1736 die Grafschaft Hanau-Lichtenberg, größtentheils im Elsaß gelegen und darum der Souveränetät Frankreichs unterworfen, erworben[3]). Als der Landgraf

365) Nr. 110, S. 19, Nr. 120, S. 2, Beil. Nr. 317, S. 4 u. 10, Nr. 322, S. 4.
366) Gesetzsamml. S. 49.
367) R. S. d. L.-O. IV. S. 182. Gesetzsamml. 1820 S. 1.
368) Gesetzsamml. 1817 S. 57, 1834 S. 33, 1838 S. 21.
369) Gesetzsamml. S. 31.
370) Gesetzsamml. S. 73.

1) Rommel, Geschichte von Hessen Bd. 5 (Cassel 1835), S. 45, 46. Dieffenbach, Geschichte von Hessen mit besonderer Berücksichtigung des Großherzogthums (Darmstadt 1831), S. 146, 147. Beck, das hessische Staatsrecht, zweites Buch, erstes und zweites Heft (Darmstadt 1832), S. 64. Weiß, System des Verfassungsrechtes des Großherzogthums Hessen (Darmstadt 1837), S. 31.
2) Heber, Geschichte des Großherzogthums Hessen (Offenbach 1837), S. 142 flg.
3) Dieffenbach a. a. O. S. 182. Heber a. a. O. S. 166.

durch eine besondere, namentlich landständische Verfassung zusammengehaltene Herzogthum Westphalen erworben, und wurden Theile der Rheinpfalz[9]) (der kurpfälzische Antheil vom Amte Umstadt, die Oberämter Lindenfels und Otzberg, die Reste der Aemter Alzey und Oppenheim) und des Kurfürstenthums Mainz (das Oberamt Starkenburg in seinen vier Amtsvogteien Heppenheim, Bensheim, Lorsch und Fürth, das Amt Steinheim mit seinen Amtsvogteien Steinheim, Dieburg, Seligenstadt, Alzenau und Großkrotzenburg und die Aemter Gernsheim und Hirschhorn, nebst Theilen des Oberamtes Königstein) gewonnen, wozu noch die freie Reichsstadt Friedberg, Reste des Bisthums Worms und (durch einen Staatsvertrag mit Baden tauschweise) die Stadt Wimpfen u. s. w. kam[10]). Diese bedeutenden Territorialveränderungen führten eine in zwei Edicten manifestirte und im Ganzen noch bestehende neue Organisation herbei, die im October 1803 zu Stande kam[11]). Im Eingange des ersten Organisationsedictes vom 12. October heißt es: Bei den Territorialveränderungen im teutschen Reiche haben wir von unseren alten Landen beträchtliche Theile abgegeben und dagegen andere Provinzen als Entschädigung erhalten. Um den verschiedenen unserem fürstlichen Hause als Staatseigenthum nunmehr zustehenden alten und neuen Landen eine gleichförmige Staatsverwaltung zu geben und um sie unter einander gehörig in Verbindung zu bringen, haben wir uns bewogen gefunden, Folgendes zu verordnen: §. 1. Unsere sämmtlichen alten und neuen Lande sind in folgende drei Provinzen eingetheilt: I. Das Oberfürstenthum Hessen. Dieses besteht aus allen auf der rechten Seite des Mains gelegenen alten und neuen Landen, mit Ausschluß des Herzogthums Westphalen und der auf der rechten Mainseite gelegenen Theile des ehemaligen Oberamts Steinheim und der Appertinentien der ehemaligen Abtei Seligenstadt. II. Das Herzogthum Westphalen, welches für sich ein geschlossenes Ganze ausmacht. III. Das Fürstenthum Starkenburg. Dieses enthält alle auf der linken Mainseite gelegenen alten und neuen Lande und die auf der rechten Seite des Mains gelegenen Theile des ehemals Mainzischen Oberamts Steinheim sammt den Appertinentien der ehemaligen Abtei Seligenstadt u. s. w. Diese Eintheilung in drei Provinzen wurde der neuen Organisation der Staatsverwaltung überhaupt, insbesondere aber des Justizwesens zu Grunde gelegt. Das erste Organisationsedict ordnete das Geheime Rathscollegium oder Ministerium (§. 3) als Centralpunkt der ganzen Staatsverwaltung unter der unmittelbaren höchsten Direction des Regenten an, und theilte diese oberste Staatsbehörde in drei Departements, Ministerium der auswärtigen Angelegenheiten, Finanzministerium und Ministerium des Innern. Dem Gebiete des letzteren wurde zugetheilt die Inspection und Direction über das ganze Civil- und Criminal-

---

9) S. den ersten Band dieses Lexikons s. v. Bayern S. 681.

10) Die gesammten Entschädigungslande betrugen 115 Quadratmeilen mit 220,000 Einwohnern.

11) Dieffenbach a. a. O. S. 206. Heber a. a. O. S. 176. Eigenbrodt a. a. O. S. 24—106.

justizwesen. Außerdem sollten dem Geschäftskreise desselben angehören namentlich die Gegenstände der Gesetzgebung, die Lehnssachen und die inneren Hoheitssachen, welche nicht ausdrücklich dem Finanzministerium überwiesen seien, und wozu die staatsrechtlichen Verhältnisse zu den Landständen und der verschiedenen Classen der Staatsbürger unter sich gehörten. Dasselbe Organisationsedict verordnete (§. 4): Das Oberappellationsgericht ist die oberste Justizbehörde für unsere sämmtlichen Lande. In den Geschäftskreis desselben gehört A. die oberste Leitung der Justizpflege, B. die letzte Entscheidung der Rechtssachen und zwar a) in Ansehung der bürgerlichen Gerichtsbarkeit 1) in dritter Instanz über alle amtssässigen Personen und Sachen, 2) in zweiter Instanz über alle schrift- oder canzleisässigen Personen und Sachen, jedoch mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des Herzogthums Westphalen, wo die schriftsässigen Personen ihre zweite Instanz beim Hofgericht zu Gießen haben, von welchem alsdann die Berufungen in dritter und letzter Instanz an das Oberappellationsgericht gehen; 3) in erster Instanz über die nach den bestehenden gesetzlichen Normen hierzu privilegirten Personen[12]); b) in Ansehung der Strafgerechtigkeitspflege 1) als Revisionsgericht in Sachen, wo auf eine zweijährige Zuchthaus- oder eine derselben gleiche oder höhere Strafe, wohin auch gehört Dienstentsetzung solcher Personen, die allein oder doch größten Theiles vom Dienste leben, erkannt ist und weitere Vertheidigung um besseres Recht geführt wird; 2) als Oberappellationsgericht in allen Fällen, wo mehr als bürgerlicher Arrest zur Strafe auferlegt worden ist und der Angeschuldigte seine völlige Unschuld beweisen will. Die innere Einrichtung dieses Collegs, so wie die Appellationssumme, bleiben übrigens bis zu einer neuen Gesetzgebung, wie sie in den bereits bestehenden Gesetzen vorgeschrieben sind. In demselben ersten Organisationsedicte wurde das Princip der Trennung der Justiz von der Verwaltung in zweiter Instanz ausgesprochen. Indem es (§. 6) für jede Provinz eine collegialisch organisirte Administrativbehörde unter Beibehaltung des bisherigen Namens Regierung anordnete, constituirte es für jede der drei Provinzen einen Gerichtshof, der den aus Nachbarstaaten entlehnten Namen Hofgericht und die Organisation erhielt, wie sie der §. 7 bekundet: In den Geschäftskreis der Justizcollegien der verschiedenen Provinzen gehört A. die Besorgung der Rechtspflege 1) in bürgerlichen Streitigkeiten a) in schriftsässigen Sachen in erster Instanz, b) in amtssässigen Sachen in zweiter Instanz. Zu den bürgerlichen Rechtssachen gehören auch die Pupillensachen; 2) in Strafsachen. Hier ist das Justizcollegium in allen Sachen, worin die Untergerichte nicht für sich strafen können, urtheilende Behörde. Die untersuchenden Behörden, jedoch unter Direction des Justizcollegiums, sind a) die peinlichen Gerichte in Ansehung der Specialinquisition[13]) bei größeren

12) Dazu gehören namentlich die Mitglieder der Regentenfamilie.

13) Bopp, zur Lehre von der General- und Specialinquisition (S. 465—488 des ersten Bandes der Zeitschrift für teutsches Strafverfahren, herausgegeben von v. Jagemann und Nöllner, Karlsruhe 1841).

Verbrechen; b) die Civiluntergerichte in Ansehung der Generalinquisition und auch der Specialinquisition bei geringen Verbrechen; c) die in peinlichen Fällen etwa besonders angeordnet werdenden Commissionen. Wenn gegen Straferkenntnisse der Civiluntergerichte ein Recurs ergriffen wird, so ist das Provinzialjustizcollegium I. Revisionsinstanz, wenn das Erkenntniß zu körperlicher Züchtigung oder mehr als achttägiger Arbeit oder Gefängnißstrafe condemnirt und durch weitere Vertheidigung besseres Recht gesucht wird; II. Appellationsinstanz, wenn das Urtheil mehr als dreitägigen bürgerlichen Arrest zuerkennt und der Angeschuldigte seine völlige Unschuld darthun will. B. In das Ressort der Justizcollegien gehört ferner die Direction, Inspection und Visitation der ihnen untergebenen Behörden der Provinz. Diese sind a) das peinliche Gericht mit allem, was dazu gehört; b) sämmtliche Civiluntergerichte; c) endlich gehört in den Geschäftskreis der Justizcollegien die Prüfung der neu angehenden Staatsdiener im Justizfache und der erste Vorschlag bei Besetzungen der Justizstellen in der Provinz. Zu der Prüfung ist jedoch ein staatsrechtsgelehrtes Mitglied aus dem Regierungscollegium zuzuziehen. Zu Vermeidung aller Collisionen zwischen den Justizcollegien und den übrigen Staatsbehörden gilt die Regel: So oft Streit entsteht, oder die Frage ist, ob der vorkommende Fall unter ein vorhandenes allgemeines oder specielles Gesetz subsumirt werden müsse, oder nicht? muß die Justizbehörde unterscheiden.

Während dasselbe erste Organisationsedict (§. 9) für jede Provinz einen im Ganzen an die Stelle der bisherigen Consistorien tretenden Kirchen- und Schulrath[14]) constituirte, von dem im allgemeinen die Verwaltung aller staatsrechtlichen Kirchen- und Schulsachen, in so weit solche nach der kirchlichen Verfassung des einen oder anderen Religionstheiles dem Landesherrn zusteht, ausgehen solle, hob es ausdrücklich hervor, diese Collegialbehörde habe mit gerichtlichen Sachen gar nichts zu thun; alle Prozessualien, welche die Consistorien und Officialate gehabt hätten, wären entweder an die Untergerichte oder das Justizcollegium verwiesen. Nur die nach den Grundsätzen der katholischen Kirche ausschließlich zur geistlichen Gerichtsbarkeit gehörigen Sachen blieben dem Erkenntnisse des Bischofs oder seiner stellvertretenden öffentlichen Behörde vorbehalten. Schließlich (§. 11) verfügte das erste Organisationsedict noch: Wegen der besonderen gemeinschaftlichen Verhältnisse bleiben das Samthof- und das Samtrevisionsgericht wie bisher bestehen[15]).

Das zweite gleichfalls vom 12. October 1803 datirte Organisationsedict sprach sich (§. 1) zu einiger näheren Bestimmung des Geschäfts-

---

14) Eigenbrodt a. a. O. S. 83—89.

15) Ledderhose, kleine Schriften Bd. 4 (Eisen. 1792), S. 43—174. Vom Samthofgericht und Samtrevisionsgericht in Hessen Kopp, Nachricht von der älteren und neueren Verfassung der Gerichte in den hessen-cassel'schen Landen Th. 1 (Cassel 1769), S. 291 flg., Th. 2 (1771), S. 184 flg., 280 flg. Die Katastrophe des Herbstes 1806 ließ diese zwischen den beiden Hessen gemeinschaftlichen Gerichte verschwinden.

kreises des Ministeriums des Innern dahin aus, daß dazu insbesondere gehöre die Aufsicht über alle hohen und niederen Gerichtshöfe, Justiz- und Polizeibeamten und ihre Subalternen, die Dienstentlassung und Besetzung bei allen Justiz- und Polizeiämtern, die Verfassung und Eintheilung der Gerichtsbezirke des Landes, Recurse über verzögerte und verweigerte Justiz, insbesondere noch in Criminalsachen die Recurse über die Frage, ob Begnadigungsgründe eintreten, die Verleihung der auf den Civilzustand Bezug habenden Rechte und Privilegien, als Moratorien, Consens zur Veräußerung von Familienfideicommissen, Legitimationen unehelicher Geburten u. s. w., die Aufnahme von Advocaten und Notarien, die Aufsicht über die Straf-, Sicherheits- und Besserungsanstalten, der Credit- und Hypothekenwesen. Zu genauerer Bestimmung des Geschäftskreises der Justizcollegien (Hofgerichte) verordnete das zweite Organisationsedict (§. 5) noch: A. Die Fälle, in welchen die Untergerichte nicht blos untersuchende, sondern auch urtheilende Behörden seien, sollten folgende sein: 1) alle bürgerlichen und polizeilichen Vergehen, wenn auf diese letzte nicht eine Zuchthaus- oder noch höhere Strafe gesetzt sei, in welchem Falle das Hofgericht abzuurtheilen habe; 2) alle gemeinen Schmähungen oder wörtliche Injurien; 3) alle Thätlichkeiten oder Realinjurien, so lange sie keine solche körperliche Verletzung zur Folge hätten, welche zu ihrer Heilung eines Arztes oder Wundarztes bedürften (alle Verletzungen des Kopfes, der Brust und des Unterleibes seien solche, worüber das Gericht den Arzt mit Gutachten zu hören hätte, um zu erfahren, ob ärztliche Hilfe erforderlich sei; in Ansehung sonstiger Verletzungen walte das Ermessen des Richters); 4) alle Defraudationen oder Unterschleife gegen gewisse besonders sancirte herrschaftliche, Gemeinde- oder Privatberechtigungen, insofern auf sie eine durch ein allgemeines Gesetz oder im Berechtigungspatente ausgedrückte, nicht auf Zuchthaus ansteigende Strafe gesetzt sei; 5) alle Betrügereien und Verfälschungen, worauf nicht über vierwöchige Arbeit oder eine derselben gleichkommende Strafe gesetzt sei; 6) alle kleinen ersten und zweiten nicht qualificirten Diebstähle; 7) alle ersten und zweiten Unzuchten, frühen Beischlafs- und ersten Ehebruchsfälle. B. Ueber schriftsässige Personen hätten die Untergerichte auch in Strafsachen der Regel nach keine Gerichtsbarkeit, ausgenommen seien 1) alle Polizeisachen, in denen Jeder dem Unterrichter als Polizeirichter untergeben sei; 2) alle Sachen, hinsichtlich deren den Untergerichten besonderer oder allgemeiner Auftrag ertheilt werde. Von selbst verstehe sich, daß auch gegen schriftsässige Personen die Untergerichte in Fällen der Gefahr im Verzug competent seien, nur hätten sie dem Mittelgerichte gleich bei Eröffnung der Untersuchung darüber berichtliche Anzeige zu machen.

Kaum hatte die neue Organisation einige Wurzel gefaßt, als das teutsche Reich in Trümmern sank und der rheinische Bund auftauchte. Der Art. 5 der Bundesacte verkündete, daß der Landgraf von Hessen-Darmstadt zu den diesem Bunde beitretenden Fürsten gehöre, welche den Titel Großherzog annähmen, während der Art. 21 ihm gestattete, mit seinen Staaten die (drei Aemter, Altenstadt, Büdesheim und Großka-

umfassende) Burggrafschaft Friedberg (in der Wetterau) zu vereinigen, und der Art. 24 ihm alle Souveränetätsrechte einräumte über die Herrschaften Breuberg und Heubach, über die Herrschaft oder das Amt Habitzheim, über die Grafschaft Erbach, die Herrschaft Ilbenstadt, den Stollberg-Gedernschen Antheil an der Grafschaft Königstein, über die eingeschlossenen oder angrenzenden Besitzungen der Freiherren von Riedesel, über die Besitzungen des Fürsten und Grafen von Solms in der Wetterau, mit Ausnahme der Aemter Hohensolms, Braunfels und Greifenstein, über die Grafschaften Wittgenstein und Berlaburg und über das Amt Hessen-Homburg, welches die davon benannte appanagirte Linie des Hauses Hessen-Darmstadt im Besitze habe[16]). Bis zu diesem verhängnißvollen Zeitpunkte hatte sich, wenigstens der Form nach, *die landständische Verfassung der althessischen Lande*[17]) *aufrecht erhalten, wornach* die Stände (zwei Curien, von denen die eine durch die *Prälaten* — der Ordenscommanthur zu Schiffenberg und die Universität Gießen — und die Ritterschaft, die andern durch die Städtelandschaft gebildet wurde), gleich den hessen-cassel'schen, das volle, zur Theilnahme an der Gesetzgebung benutzte, Steuerbewilligungsrecht (unter Theilnahme an der Erhebung der Steuern durch landständische Beamte — Steuerobereinnehmer) und das Recht des Vorbringens von Beschwerden und Desiderien ausübte[18]). Neben dieser althessischen ständischen Verfassung hatte sich namentlich auch die des Herzogthums Westphalen — Geistlichkeit, Ritter und Städte — erhalten[19]). Durch ein Edict vom 1. October 1806 (eine Verordnung vom gleichen Tage sprach die Aufhebung der Steuerfreiheit aus) hob der nunmehrige Souverän die Landstände sämmtlicher Provinzen aus unumschränkter Machtvollkommenheit auf, um durch diese in die Verfassung unserer Lande gebrachte Gleichförmigkeit im Stande zu sein, thätiger und wirksamer an dem Wohle unserer geliebten Unterthanen arbeiten zu können[20]). Unterm 1. August 1807 erfolgte eine Declaration über die staatsrechtlichen Verhältnisse der Standesherren des Großherzogthums, die namentlich (im §. 19) die denselben in der Bundesacte zugesicherte basse et moienne iustice normirte. Um den §. 20

16) Winkopp, die rheinische Confoederationsacte (Frankfurt 1808), S. 55, 61—63. Dieffenbach a. a. O. S. 208. Heber a. a. O. S. 178. Von der Nahmer a. a. O. S. 19—28.

17) S. überh. Bopp, Geschichte des ständischen Wesens im Großherzogthum Hessen von der Mitte des dreizehnten Jahrhunderts bis zum Verfassungswerke am Schlusse des Jahres 1820. Darmstadt 1833.

18) Estor, de comitiis et ordinibus Hassiae etc. Edit. II. Francof. 1752. Bopp a. a. O. S. 28—38.

19) Vgl. bes. Runde, über die Erhaltung der öffentlichen Verfassung in den Entschädigungslanden nach dem Deputationshauptschluß vom 25. Februar 1823, mit Anwendung auf das Herzogthum Westphalen, Göttingen 1805, und (von Schwartzenau) Bemerkungen zur Erläuterung des §. 60 des Reichsdeputationshauptschlusses u. s. w. Frankfurt 1806.

20) Bopp a. a. O. S. 39—46. Winkopp, der rheinische Bund Bd. 1 (Frankfurt 1807), S. 381—390. Rotteck, allgemeine Geschichte, 7. Auflage, Bd. 9 (Frankfurt 1830), S. 551, 552.

der Declaration: Zur Ausübung dieser verschiedenen Arten von Gerichtsbarkeit in zweiter Instanz über Amtssässige und erster Instanz über Schriftsässige haben die mediatisirten Fürsten und Grafen eine förmlich constituirte (eigends und allein dazu bestimmte) und von den Standesherren in ihrer Amtsverwaltung ganz unabhängige Justizcanzlei und, zwar auf ihre Kosten, gegen Bezug der davon fallenden Taxen und Sporteln, zu halten. Diese Mediatjustizcanzlei muß wenigstens aus einem Director, zwei Räthen und den dazu nöthigen Subalternen bestehen. Diese Mittelgerichte, welchen die Civil- und Criminalgerichtsbarkeit in der Regel in dem Umfange zustand, in dem sie von den Hofgerichten ausgeübt wurde, wurden bestellt, in der Provinz Starkenburg die fürstlich Löwensteinische und gräflich Erbachische Justizcanzlei in Michelstadt, in der Provinz Oberhessen die fürstlich und gräflich Solmsische Justizcanzlei in Hungen, die Justizcanzlei für die Grafschaft Stolberg zu Gedern, die Justizcanzlei zu Friedberg für die Burg Friedberg und die dazu gehörende Grafschaft Kaichen. (Die fürstlichen Häuser Sayn-Wittgenstein-Berleburg und Wittgenstein verzichteten gleich dem Grafen von Leiningen-Westerburg schon im Jahre 1806 auf die Befugniß, die Gerichtsbarkeit in zweiter Instanz ausüben zu lassen, während ein späterer gleicher Verzicht des Landgrafen van Hessen-Homburg zur Auflösung der bereits eingesetzten Justizcanzlei führte.)[21]) Eine Declaration vom 1. December 1807, über die staatsrechtlichen Verhältnisse der ehemaligen unmittelbaren Reichsritterschaft, ließ, mit gewissen Beschränkungen, den adeligen Gerichtsherren, welche bisher im Besitze der Patrimonialgerichtsbarkeit gewesen, die bürgerliche und peinliche Gerichtsbarkeit.

Eine Frucht des Krieges zwischen Oesterreich und Frankreich im Jahre 1809 war die Ausdehnung des Staatsgebietes durch Erwerbung der von Baden abgetretenen fürstlich Leiningenschen Aemter Amorbach und Miltenberg (wofür die Justizcanzlei zu Amorbach), des fürstlich Löwenstein-Werthheimischen Amtes Heubach u. s. w.[22]), so wie die Vereinigung der Aemter Babenhausen, Dorheim, Rodheim, Heuchelheim, Münzenberg, Ortenberg und der früher fulda'schen Stadt Herbstein[23]).

Die veränderten politischen Verhältnisse gaben im Jahre 1816 dem Lande zum zweiten Male eine geographische Umgestaltung[24]), ähnlich der im Jahre 1803. Wie damals namentlich (fast) ein ganzer Landestheil (die Grafschaft Hanau-Lichtenberg) hingegeben ward, so wurde nun eine

---

21) Nach und nach wurden diese Justizcanzleien, in Folge der Verzichtleistung der Standesherren auf diese Gerechtsame, aufgehoben und ihr Sprengel dem der Hofgerichte zugewiesen. Staatslexikon, herausgegeben von Rotteck und Welcker, Bd. 12, s. v. Patrimonialgerichtsbarkeit, S. 383, 384.

22) Da damals der Code Napoleon als badisches Landrecht schon eingeführt war, so wurde derselbe hinsichtlich dieser erworbenen Bezirke ausdrücklich wieder abgeschafft und das früher dort geltende gemeine Recht hergestellt. Breidenbach, Commentar (s. unten) S. 14.

23) Von der Nahmer a. a. O. S. 32—40.

24) Dieffenbach a. a. O. S. 215. Heber a. a. O. S. 183. Von der Nahmer a. a. O. S. 40—76.

ganze Provinz, das Herzogthum Westphalen, welches nebst dem Wittgensteinischen an Preußen kam, abgetreten. Das Amt Oetheim wurde an den Kurfürsten von Hessen zurückgegeben, dem auch Theile der Provinz Starkenburg am rechten Ufer des Mains zufielen. Andere Theile dieser Provinz, namentlich jene Leiningischen Aemter Amorbach und Miltenberg und das Löwenstein-Wertheimische Amt Heubach, wurden an Bayern abgetreten[25]), während der Großherzog auf alle Hoheitsrechte über das Amt Homburg verzichtete. Als Entschädigung ward erworben der nördliche Theil des französischen Departements Donnersberg, der als Rheinhessen wieder die dritte Provinz bildete, und die französische Rechtsgesetzgebung und Gerichtsverfassung beibehielt, der Theil des Isenburgischen, welcher dem linken Ufer des Mains angehört, so wie ein Theil der übrigen Isenburgischen Lande[26]), die gräflich Schönborn'sche Herrschaft Heusenstamm u. s. w.

Der Großherzog von Hessen, der den Titel Großherzog von Hessen und bei Rhein angenommen hatte, gehörte zu den teutschen Fürsten, welche auf dem Wiener Congresse (am 16. November 1814) sich zur Einführung einer Repräsentativverfassung bereit erklärten und die Rechte bezeichneten, welche den Ständen eingeräumt werden sollten; er trat dem teutschen Bunde bei, welcher im Art. 13 eine ständische Verfassung versprach. Die zuerst (im Jahre 1816) von den Standesherren ausgehenden Anregungen, welche in Hessen bei Rhein an die Erfüllung dieser Zusage erinnerten, beschleunigten die Aufrichtung des Verfassungswerkes[27]), welches, nachdem die in der ersten Hälfte des Jahres 1820 berufenen Stände das verhängnißvolle Edict vom 18. März 1820 zurückgewiesen hatten, durch das mit den Ständen berathene Staatsgrundgesetz vom 17. December 1820[28]) zu Stande kam. Vorher schon (am 17. Februar 1820) war das in der späteren Verfassungsurkunde für ein Bestandtheil der Verfassung erklärte Edict über die staatsrechtlichen Verhältnisse der Standesherren erschienen, welches deren Zuständigkeiten hinsichtlich der ihnen zustehenden Gerichtsbarkeit erster und zweiter Instanz, im Ganzen in Uebereinstimmung mit der früheren Declaration, normirte. Das folgende Jahr 1821 führte eine wichtige und wohlthätige Reform[29]), die Trennung der Justiz von der Verwaltung in erster Instanz, herbei; indem die erstere den Stadt- und Landgerichten, die letztere den Land-

25) S. den ersten Band dieses Lexikons s. v. Bayern S. 683.

26) Heber, Geschichte der Stadt Offenbach (Frankfurt 1838), S. 85.

27) Bopp a. a. O. S. 48—119. Floret, historisch kritische Darstellung der Verhandlungen der Ständeversammlung des Großherzogthums Hessen im Jahre 1820 und 1821. Mit besonderer Beziehung auf die Verfassungsurkunde des Großherzogthums u. s. w. Gießen 1822.

28) Vielfach abgedruckt, z. B. im ersten Bande der zweiten Auflage des Werkes von Pölitz: Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789 u. s. w. Bd. 1, Leipzig 1832; im 3. Bande des Alexander Müller'schen Archivs für die neueste Gesetzgebung aller teutschen Staaten (Mainz 1832), S. 171—191.

29) Mittermaier, im 12. Bande des Staatslexikons s. v. Organisation der Gerichte.

räthen überwiesen war. Eine Verordnung vom 28. Mai desselben Jahres, über die Organisation der obersten Staatsbehörden, verfügte eine eine Modification der bisherigen Organisation des Ministeriums und seines Geschäftsganges erfordernde Trennung der Ministerien in drei Departements, das des Innern und der Justiz, das der auswärtigen Angelegenheiten und des großherzoglichen Hauses und das der Finanzen, und theilte dem ersteren namentlich zu 1) die Aufsicht über sämmtliche Ober-, Mittel- und Untergerichte und die Anstellung oder Bestätigung aller bei denselben verwendeten Personen; 2) die der Justizorganisation entsprechende Correspondenz mit den Justizbehörden; 3) die Aufsicht auf die Advocaten und die, welche die willkürliche Gerichtsbarkeit ausüben, so wie deren Anstellung; 4) die Erledigung der Recurse wegen verzögerter oder verweigerter Justiz; 5) die Begnadigungsgesuche aller Art, insofern sie sich nicht auf den Erlaß von Disciplinarstrafen, die in den Wirkungskreis eines anderen Ministerialdepartements, oder solcher Strafen, die in Gemäßheit finanzieller Gesetze erkannt sind, beziehen; 6) die Errichtung von Majoraten oder Familienfideicommissen, den Consens zu Veräußerungen der letzteren, die Moratorien und die Verwilligung aller gesetzlich zulässigen Ausnahmen von den Gesetzen; 7) die Verfügung über die der Verwaltung der Justiz budgetmäßig zugewiesenen Summen; 8) die Verhandlungen mit den Landständen über Gegenstände des Justizdepartements und über das Ausgabebudget desselben. Die gleiche Verordnung hebt noch hervor, daß jeder Minister für das, was seinem Departement zu respiciren obliege und für alles, was von demselben ausgehe, verantwortlich sei, und geht am Schlusse zur Begründung eines dem bisherigen Staatsorganismus fremden Institutes über: neben dem Ministerium soll ein Staatsrath bestehen. Der Wirkungskreis desselben ist theils berathend, theils entscheidend, nie ausführend, vielmehr liegt die Ausführung seiner Beschlüsse, wenn es einer solchen bedarf, demjenigen Ministerialdepartemente ob, in dessen Geschäftskreis der Gegenstand einschlägt, auf welches daher auch die Verantwortlichkeit übergeht. A. Berathend ist der Staatsrath 1) bei allen Gesetzesentwürfen, welche zwar in der Regel in demjenigen Ministerialdepartement, dessen Geschäftskreis sie berühren, vorbereitet werden, deren endliche Berathung und Redaction aber dem Staatsrathe obliegt. Dieses gilt namentlich von dem Finanzgesetze; 2) bei neuen Organisationen der Justiz- und Verwaltungsbehörden, zu welchen die Vorschläge und Vorbereitungen zwar in der Regel von dem einschlagenden Ministerialdepartemente ausgehen, deren endliche Begutachtung jedoch (mit Ausnahme dessen, was das anzustellende Personal betrifft) dem Staatsrathe zusteht. B. Entscheidende oberste Behörde ist der Staatsrath 1) in Competenzstreitigkeiten zwischen Justiz- und Verwaltungsbehörden; 2) in allen Recursen von den Entscheidungen der Verwaltungsbehörden in Administrativjustizsachen, wornach daher unser geheimes Staatsministerium diejenigen Recurse dieser Art, deren Erledigung demselben nach den bisherigen Einrichtungen oblag, nicht mehr anzunehmen hat; 3) in den Fällen, wo der Art. 23 des Edictes vom 22. April 1820 über die öffentlichen Dienstverhältnisse der Civilstaatsbeamten bei solchen Staats-

dienern Anwendung findet, welche selbst Mitglieder eines Ministerialdepartements sind. Ueberall, wo der Staatsrath berathend ist, sind im Falle getheilter Meinung die der Minderzahl umständlich zu entwickeln, da aber, wo er entscheidende Behörde ist, seinen Beschlüssen die Entscheidungsgründe beizufügen. Unterm 6. Juni 1832 wurde für die beiden Provinzen diesseits des Rheines ein Edict wegen der Organisation der dem Ministerium des Innern und der Justiz untergeordneten Regierungsbehörden erlassen [30]), welches namentlich das Mittelglied zwischen den Landräthen und dem Ministerium, die Provinzialregierungen, ausschied und Kreisräthe creirte, auf welche die Functionen der Regierungen im Ganzen übergingen. Der vierte Abschnitt dieses Edictes ordnete für die Angelegenheiten, welche die Gesetzgebung an die nun aufgehobenen Regierungsbehörden verwies und die ihrer Natur nach collegialische Berathung erfordern, eine collegialisch organisirte Behörde, den Administrativjustizhof, an. Der Wirkungskreis desselben, so spricht sich der §. 35 des Edictes aus, umfaßt folgende Gegenstände: I. Entscheidung und zwar in dem Umfange, in welchem solche den bisherigen Provinzialregierungen zustand, a) in denjenigen Angelegenheiten im Ressort des Ministeriums des Innern und der Justiz, welche die Gesetzgebung für Administrativjustizsachen erklärt; b) in streitigen Administrativsachen, als: über Recurse gegen Verfügungen der Kreisräthe hinsichtlich der Berichtigungen der Ortsbürger an dem Genusse des Gemeindevermögens, über die Nothwendigkeit der Abtretung des Privateigenthums zu öffentlichen Zwecken, des Grundeigenthums zu Bauplätzen, der Abtretung des Privateigenthums, so wie dessen Veränderungen zum Zwecke der Verbesserung einer Wiesencultur; c) über Beedangelegenheiten; d) über die Gesetzlichkeit der Wahlen der Ortsvorstände und die gesetzlichen Eigenschaften der Gewählten. Die Recurse gegen die Entscheidungen des Administrativjustizhofes werden, je nachdem es die bestehende Gesetzgebung mit sich bringt, theils bei dem Ministerium des Innern und der Justiz, theils bei unserem Staatsrathe angebracht. II. Untersuchungen gegen Kreisräthe und die ihnen untergeordneten Diener wegen Amtsverletzungen. Obgleich dem Ministerium des Innern und der Justiz ausschließlich die Befugniß zur Anordnung einer förmlichen Administrativuntersuchung gegen die genannten Diener zusteht, so hat es doch, wenn es eine solche anordnet, dieselbe dem Administrativjustizhofe zu übertragen. Dieser erhält dadurch die Attributionen der bisherigen Provinzialregierungen gegen die ihr untergeordneten Diener, nach Maßgabe des Edictes über die öffentlichen Dienstverhältnisse der Civilstaatsbeamten vom 12. April 1820, und des darauf gefolgten Gesetzes vom 9. März 1824, mit der Beschränkung jedoch, daß er gegen die oben genannten Diener einstweilige Suspension nicht erkennen, sondern nur die ihm deßhalb geeignet scheinenden Anträge bei dem Ministerium des Innern und der Justiz stellen kann. Sodann übertragen wir dem Administrativjustizhofe III. die Ertheilung der Ermächtigung zu Führung der Activ- und Passivprozesse von Seiten der

30) Heber a. a. O. S. 190.

Gemeinden und weltlichen Stiftungen in demselben Umfange, in welchem die bisherigen Provinzialregierungen diese Attribution hatten und b) der katholischen Kirchen= und geistlichen Stiftungsfonds in demselben Umfange, in welchem der bisherige katholische Kirchen= und Schulrath diese Function auszuüben hatte. Endlich hat dieses Collegium die Verbindlichkeit, alle von dem Ministerium des Innern und der Justiz in Verwaltungsangelegenheiten von ihm geforderten Gutachten zu erstatten. Im fünften und letzten Abschnitte wurden dem Administrativjustizhofe als Lehnhof die Lehnsachen zugewiesen, wie sie bisher vor die Regierungen gehörten.

Das genannte Edict hatte im Art. 4 sich dahin ausgesprochen: Innerhalb des den Kreisräthen überwiesenen Kreises ist denselben die ganze Verwaltung und Polizei, die letzte jedoch mit gänzlichem Ausschluß der anderen Behörden überwiesenen Gerichtsbarkeit, übertragen. Ein die Uebertragung der Polizeigerichtsbarkeit, einschließlich der Forstgerichtsbarkeit in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen betreffendes Edict vom gleichen Datum und des Einganges: Nachdem wir in unserem die Organisation der Regierungsbehörden betreffenden Edicte vom heutigen die Ausübung der Polizeigerichtsbarkeit von dem Wirkungskreise der Verwaltungsbehörden in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen ausgeschieden haben, eine definitive Ueberweisung derselben an die ordentlichen Gerichte jedoch dermalen in Rücksicht auf die politischen Folgen, welche die Verfassungsurkunde an richterliche nicht ganz freisprechende Erkenntnisse knüpft, und so lange nicht sowohl ein Polizeistrafgesetzbuch und ein Gesetz über das Verfahren in Strafsachen auf verfassungsmäßigem Wege erlassen, als auch mit Rücksicht auf diese künftige Gesetzgebung eine andere Organisation der Gerichte eingetreten ist, nicht stattfinden kann und wir daher beschlossen haben, provisorisch und so lange wir nicht andere Anordnungen zu treffen für gut finden, die Polizeigerichtsbarkeit, mit Einschluß der Forstgerichtsbarkeit, durch Gerichte als besonders hiermit von uns beauftragten Behörden, ausüben zu lassen, so verordnen wir u. s. w., übertrug die Untersuchung und Bestrafung der Feldfrevel, so wie der übrigen Polizeiübertretung, in so weit solche bisher den Polizeideputationen, den Landräthen und Polizeicommissären in standesherrlichen Bezirken, so wie den Regierungen in erster Instanz zustand, den Stadt= und Landgerichten als Polizeigerichten erster Instanz, indem es für den Weg des Recurses die Hofgerichte zu Polizeigerichten zweiter und das oberste Gericht zum Polizeigerichte dritter Instanz bestellte. Gleiches verfügte das Edict, unter Aufhebung des Oberforstgerichtes, hinsichtlich der Untersuchung und Bestrafung der Forst=, Jagd= und Fischereifrevel und Vergehen [31]), indem es die Stadt= und Landgerichte zu Forstgerichten erster, die Hofgerichte zu

31) Hofmann, Zusammenstellung der Gesetze, Verordnungen und Staatsverträge über das Forststrafwesen in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen, Darmstadt 1832; und die Anzeige dieser Schrift S. 192—195 des 24. Bandes der Schunck'schen Jahrbücher der juristischen Literatur. Neust. 1834.

Forstgerichten zweiter und den höchsten Gerichtshof zum Forstgerichte dritter Instanz berief. Ein unter Mitwirkung der Stände erlassenes Gesetz vom 1. Juli 1836 ertheilte nähere Bestimmungen hinsichtlich der Recurse gegen die Erkenntnisse der Polizei- und Forstgerichte erster und zweiter Instanz, besonders hinsichtlich der Grenzen, innerhalb deren Recurs statthaft sei [32]).

Der Art. 103 der Verfassungsurkunde vom 17. December 1820 sagte eine umfassende Rechtsgesetzgebung zu [33]), indem es darin heißt: Für das ganze Großherzogthum soll ein bürgerliches Gesetzbuch, ein Strafgesetzbuch und ein Gesetzbuch über das Verfahren in Rechtssachen eingeführt werden. Obgleich seitdem mehr als 22 Jahre verflossen sind, und früher, wie später, Gesetzgebungscommissionen thätig waren, so ist doch diese Zusage bis jetzt nur sehr unvollständig in Erfüllung gegangen, obgleich seit mehreren Jahren ernstlich an ihre Erfüllung gedacht wird.

Strafrecht. In den beiden älteren Provinzen des Großherzogthums östlich des Rheines galt als strafrechtliche Norm das römische und canonische Recht, die peinliche Gerichtsordnung Karl's V. in Verbindung mit den übrigen Reichsgesetzen und eine Anzahl von Particularverordnungen [34]), jedoch nur in so weit, als die souveräne Macht, Praxis

---

32) S. überhaupt Bopp, hessische Beiträge für Rechtskunde Th. 1 (Darmstadt 1842), Nr. IV. (die Nummer I handelt von der Executionsinstanz des hessischen Civilprozesses). Das Edict vom 6. Juni 1832, wegen Uebertragung der Polizeigerichtsbarkeit, einschließlich der Forstgerichtsbarkeit in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen mit seinen Umgebungen, und Anfügung zweier Rechtsfälle, und Mittermaier, die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung u. s. w., erster Beitrag (Heidelberg 1841), §. 24: Verhältniß des Strafgesetzbuches zu dem Polizeistrafgesetzbuche. Umfang der Polizeiübertretungen S. 228, 229.

33) Vgl. überh.: Der Antrag in der zweiten Kammer der Ständeversammlung des Großherzogthums Hessen im Jahre 1833, wegen Erfüllung des Art. 103 der Verfassungsurkunde durch eine umfassende Rechtsgesetzgebung und der darüber von dem Abgeordneten Geheimen Staatsrath Jaup Namens des Ausschusses erstattete Bericht, herausgegeben und mit Bemerkungen begleitet von Advocat Bopp in Darmstadt, Darmstadt 1833; und Commentar über das großherzoglich hessische Strafgesetzbuch und die damit in Verbindung stehenden Gesetze und Verordnungen, auch authentischen Quellen u. s. w. von Dr. M. W. A. Breidenbach, großherzoglich hessischem Ministerialrathe im Ministerium des Innern und der Justiz, Bd. 1 (Darmstadt 1843), Einleitung, erster Abschnitt, Geschichte der Codification im Großherzogthume Hessen S. 1—131. A. Müller, Archiv der neuesten Gesetzgebung aller teutschen Staaten Bd. 3 (Mainz 1832), S. 72—98. Zeitschrift: Hesperus vom Jahre 1831 Nr. 173—176: Geschichte der Vorbereitungen zu einer umfassenden Civil- und Criminalgesetzgebung für das Großherzogthum Hessen. v. Linde, über den Standpunkt der Reformfrage der Justizverfassung und die Ergebnisse der jüngsten legislativen Thätigkeit in Bezug auf Civilrecht und Civilprozeß im Großherzogthume Hessen (S. 290—332 des 20. Bandes des Archivs für die civilistische Praxis, Heidelberg 1837) S. 290—300.

34) Die wichtigsten dieser Verordnungen sind 1) eine Verordnung vom 30. April 1785, wegen Bestrafung des verschuldeten Banquerouts (Bopp, hessischer Rechtsfreund S. 79 flg., s. v. Banquerout). 2) Verordnung vom 11. März 1818, wegen Dienstvergehen der Staatsdiener. 3) Verordnung vom 9.

genannt[35]), Raum gab; dagegen herrschte in der Provinz westlich des Rheines, in Rheinhessen, das so inhumane[36]) französische Strafgesetzbuch von 1810. Sowohl diese Verschiedenheit, in der sich zwei Theile des Landes gegenüberstanden, als die Unvollkommenheit der strafrechtlichen Zustände diesseits und jenseits drängte zur Aufrichtung einer das ganze Land umfassenden und zeitgemäßen Strafgesetzgebung. Nach mancherlei Vorbereitungen[37]) ward durch den Regierungscommissär, Ministerialrath Breidenbach unter Begleitung eines „allgemeine Bemerkungen" hervorhebenden[38]) lichtvollen Vortrages (Motive wurden nicht vorgelegt)

September 1777, wegen Bestrafung des Bettelns (Bopp a. a. O. S. 100 flg., s. v. Betteln). 4) Verordnung vom 15. August 1763, wegen Bestrafung des gefährlichen und dritten Diebstahls (Bopp a. a. O. S. 199). 5) Gesetz vom 30. Mai 1821, über die Aufhebung der Fornicationsstrafen und Abschneidung der Paternitätsklage (s. dieses Lexikon Bd. 1, s. v. Beischlaf, außerehelicher, S. 840; Bopp a. a. O. S. 300 flg., s. v. Fornicationsstrafe und Ausmittelung der Vaterschaft; derselbe im 3. Bande des A. Müller'schen Archivs der Gesetzgebung [Mainz 1832], S. 439—476, wo zugleich die ständischen Verhandlungen dargestellt sind). 6) Gesetz vom 9. December 1834, wegen Bestrafung des Collectirens und Hausirens mit Lotterieloosen (Bopp a. a. O. S. 403 flg., s. v. Lotterie; Bender, das Lotterierecht, 2. Aufl. [Gießen 1841], S. 30). 7) Gesetz vom 23. September 1830, gegen den Nachdruck (Bopp a. a. O. s. v. Nachdruck, S. 426—430). 8) Gesetz vom 27. März 1779, wegen Verpönung der Beschädigung von Bäumen (s. den 2. Bd. dieses Lexikons s. v. Beschädigung und Vernichtung von Sachen, S. 22).

35) Breidenbach a. a. O. Abschnitt 2: Zustand der Strafrechtspflege vor Verkündigung des Strafgesetzbuches (S. 131—145) S. 131.

36) Durch Gesetz vom 31. December 1830 wurde die von diesem Codex adoptirte Strafe der Brandmarkung abgeschafft. S. Bopp a. a. O. S. 111, s. v. Brandmarkung, und Hitzig, Annalen der teutschen und ausländischen Criminalrechtspflege Bd. 14 (Berlin 1831), S. 408—411. Ueber einen Antrag auf Milderung der Strafgesetzgebung in Rheinhessen durch Berücksichtigung mildernder Momente s. Buchner, Geschichte des Landtages von 1834 S. 148.

37) Im Jahre 1837 erschien zum Zwecke der Berathung im Staatsrathe der Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Großherzogthum Hessen. Als Manuscript gedruckt, nebst einem Vortrage über diesen Entwurf vom October 1837 (von Dr. v. Lindelof). Mittermaier (der einen früheren Entwurf geprüft hatte), die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung u. s. w., erster Beitrag (Heidelberg 1841), S. 29.

38) Es heißt in dem Vortrage namentlich: Daß die Staatsregierung unter den zugesagten neuen Gesetzbüchern dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches die Priorität zuerkannt hat, erklärt sich durch die wesentliche Verschiedenheit, welche zwischen den diesseits und jenseits des Rheines geltenden Strafgesetzen und Präjudicien besteht, also durch die Ungleichheit der Bestrafung einer und derselben Handlung, je nachdem sie in Rheinhessen oder in den älteren Provinzen des Landes begangen worden; eine Erscheinung, welcher ein Ziel gesetzt werden muß, wenn anders das Zutrauen zu dem Richteramte und die Achtung vor dem Gesetze ungeschwächt fortbestehen soll. Auch was die Civilgesetze und das Verfahren betrifft, wird die Scheidewand fallen, vor allem aber muß die Disparität rücksichtlich der Gesetze verschwinden, welche über Ehre, Freiheit und Leben verfügen. Vgl. noch Breidenbach a. a. O. Abschn. 3: Die obersten Grundsätze des Strafgesetzbuches S. 145—178.

am 22. April 1839 den Ständen ein zuletzt von dem Staatsrathe berathener Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Großherzogthum Hessen [39]) vorgelegt, der von den vereinigten Ausschüssen beider Kammern in einem ausführlichen Ausschußberichte und dann in ausführlichen Discussionen geprüft ward. Da die beiden Kammern sich in mehreren Beziehungen nicht vereinigen konnten, so überließen sie die Entscheidung der Staatsregierung [40]), welche unterm 17. September 1841 das Strafgesetzbuch, zerfallend in zwei Theile, von denen der erste in eilf Titeln von den Verbrechen und Vergehen und von deren Bestrafung im allgemeinen, der zweite in 17 fortlaufenden Titeln von den einzelnen Verbrechen und Vergehen handelt, publicirte und verordnete, daß dieser Codex (hinsichtlich dessen man das Urtheil Mittermaier's [41]) adoptiren kann: Das vor einigen Monaten bekannt gemachte Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen hat große Vorzüge und wenn auch Rec. noch viele Bedenklichkeiten, vorzüglich gegen die Art, mit der man das richterliche Ermessen ängstlich zu beschränken sucht, gegen das zu Grunde gelegte System der Freiheitsstrafen und gegen die Härte mancher Strafandrohungen geltend zu machen hat, so muß er dennoch dankbar anerkennen, daß das hessische Strafgesetzbuch, das die Erfahrungen anderer Länder sorgfältig benutzte, vor manchen anderen neuen Strafgesetzbüchern durch Einfachheit der Anordnung, durch das Streben nach Bestimmtheit der Strafvorschriften, durch Verbannung mancher unpassenden Strafarten, z. B. körperlicher Züchtigung, ferner durch zweckmäßige Abstufungen bei den einzelnen Verbrechen und durch Milde der Strafandrohungen in einer großen Zahl von Fällen sich auszeichnet) vom 1. April 1842 an in Ausübung kommen [42]) solle. Begleitet wurde das Gesetzbuch [43]) wegen der Nothwendigkeit, festzustellen, welche der bisherigen Bestimmungen

39) v. Preuschen, Kritik des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für das Großherzogthum Hessen. Gießen 1839.

40) S. überhaupt Mittermaier a. a. O. §. 9: Entwurf des Strafgesetzbuches für das Großherzogthum Hessen S. 99—108, und Buchner, Darstellung des Staatslebens im Großherzogthume Hessen während der drei letzten Jahre und der Verhandlungen seiner Landstände insbesondere (S. 99—241 des zweiten Bandes des Staatsarchivs, herausgegeben von Buddeus [Jena 1842], S. 198—209).

41) In dessen Bericht über den Breidenbach'schen Commentar S. 308 flg. des Jahrganges 1842 des Archivs des Criminalrechtes.

42) Von dem genannten verdienstvollen Breidenbach'schen Commentar über dasselbe sind bis jetzt die vier ersten Hefte des ersten Bandes erschienen. Außerdem erschien: (Germershausen) Promtuarium zur Erleichterung des Studiums und der practischen Anwendung des neuen Strafgesetzbuches für das Großherzogthum Hessen. Mainz 1832.

43) Unterm 19. October 1841 wurde zur Ausführung des Art. 8 des Strafgesetzbuches, wornach die Todesstrafe durch öffentliche Enthauptung vollzogen werden soll, verordnet: Die Enthauptung der in Gemäßheit des Strafgesetzbuches zur Todesstrafe verurtheilten Verbrecher soll mittelst des Fallbeiles vollzogen werden. Diese Verordnung wurde zum ersten Male in Anwendung gebracht bei der Hinrichtung des Mörders Wahlberg zu Gießen am 7. Februar 1843. Großherz. hess. Zeitung am 8. Februar 1843.

über Bestrafung der Verbrechen und Vergehen noch fernerhin, sei es im ganzen Großherzogthume oder in einzelnen Theilen desselben, Giltigkeit haben sollen oder nicht, und gewisse Handlungen, deren polizeiliche Ahndung das Strafgesetzbuch unterstellt, die aber bisher theils gar nicht, theils nicht allgemein bei Vermeidung einer Polizeistrafe verboten waren, mit einer solchen zu bedrohen, von einem Einführungsgesetze. Als zweiter Begleiter gesellte sich, weil es nothwendig geworden, die Zuständigkeit der Strafgerichte zum Theil neu zu bestimmen und die Vorschriften der in den verschiedenen Theilen des Großherzogthums geltenden Gesetze mit dem Gesetzbuche in Einklang zu bringen, ein Competenzgesetz hinzu, welches in drei Abschnitte zerfällt. Der erste Abschnitt (Art. 1—3) bezieht sich auf die beiden älteren Provinzen Starkenburg und Oberhessen. Indem der Art. 1 sich dahin ausspricht: Die in dem zweiten Organisationsedicte vom 12. October 1803, §. 5, unter Litt. A. (s. oben) enthaltene Bestimmung derjenigen Fälle, in welchen die Untergerichte nicht blos untersuchende, sondern auch urtheilende Behörden sein sollen, ist aufgehoben, und es wird die im folgenden Artikel enthaltene Competenzbestimmung an die Stelle der aufgehobenen gesetzt, zählt der zweite Artikel die Verbrechen und Vergehen auf, welche nun ganz der (erweiterten) Competenz der Untergerichte hingegeben seien, während der Art. 3 hinzufügt: Für diejenigen Fälle, welche gegenwärtig von den Stadt- und Landgerichten nach solchen Strafgesetzen und Verordnungen abgeurtheilt werden, die neben dem Strafgesetzbuche bestehen bleiben, wird in der Strafcompetenz dieser Gerichte nichts geändert. Der zweite Abschnitt (Art. 4—20) normirt die Competenz der rheinhessischen Gerichte, besonders des Assisen- oder Specialgerichtes, während der dritte Abschnitt (Art. 21—23) allgemeine Bestimmungen enthält. Gleichzeitig trat das gleichfalls mit den Ständen berathene[44]) Feldstrafgesetz[45]), welches in vier Abschnitte und 80 Artikel zerfällt (der erste Abschnitt enthält allgemeine Bestimmungen, während der zweite von Feldentwendungen, der dritte von Feldbeschädigungen und Weidefreveln, der vierte von feldpolizeilichen Vergehen und Freveln handelt), ans Licht und in Wirksamkeit.

Schon im Jahre 1822, also zwei Jahre nach Aufhebung des bis dahin aufrecht erhaltenen befreiten Gerichtsstandes der Militärpersonen in Civilrechtssachen, indem diese Classe der Staatsbürger den Civilgerichten untergeben wurden, war, weil sich der Regent von der Nothwendigkeit überzeugt hatte, daß nicht allein die Strafgesetzgebung für das Militär einer vollständigen und gründlichen Revision unterworfen, sondern auch der Militärstrafjustiz eine zweckmäßigere und zeitgemäßere Organisation gegeben werde, ein Militärstrafgesetzbuch erlassen worden, welches in 542 Artikel zerfällt und im ersten Theile (Art. 1—176) das Militärstrafrecht, im zweiten Theile (Art. 177—542) den von den Grundsätzen

44) Buchner a. a. O. S. 209.

45) Feldstrafgesetz für das Großherzogthum Hessen nebst der Instruction für die Forstschützen, mit einer historischen Notiz, einer Uebersicht der landständischen Verhandlungen und einem alphabetischen Register. Mainz 1842.

des inquisitorischen Verfahrens regierten Militärstrafprozeß umfaßt. Eine Erfahrung von 20 Jahren hat den Werth dieser im Ganzen humanen und milden Gesetzgebung, welche durch einzelne Gesetze und Verordnungen weiter ausgebildet wurde[46]), anerkannt und dargelegt. Weniger noch durch die Erfahrung erprobt ist das unterm 4. Februar 1837 publicirte, in 9 Abschnitte und 90 Artikel zerfallende Forststrafgesetz[47]), welches von der Betrachtung dictirt ward, daß die Forstvergehen und Frevel in den einzelnen Theilen des Großherzogthums bisher nach sehr verschiedenen Normen bestraft worden seien[48]).

Um den Kreis der Strafgesetzgebung auszufüllen, fehlt nur noch das Polizeistrafgesetzbuch[49]), welches hoffentlich auf dem nächsten Landtage zu Stande kommen wird.

Es bedarf der Hervorhebung des Umstandes nicht, daß das Großherzogthum Hessen, gleich den anderen Staaten des teutschen Zollvereines, von der Zollstrafgesetzgebung beherrscht wird[50]).

Strafverfahren. Während so die Gesetzgebung über das gesammte materielle Strafrecht ihrem Ziele nahe gerückt ist, erscheint die Legislation über das Strafprozeßrecht noch weit von ihrem Ziele entfernt.

Auch in Hessen war die Grundform des germanischen Strafverfahrens, der Anklageprozeß mit Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, herrschend. Nach und nach modificirte sich dieses Verfahren durch Einführung des Institutes des öffentlichen Anklägers und Adoption des sogenannten gemischten Prozesses[51]), der sich in der von dem Landgrafen Ernst Ludwig im Jahre 1726 publicirten peinlichen Gerichtsordnung[52]), die noch jetzt, freilich mit vielfach verrückter Grundlage, giltig ist und auf die neu erworbenen Gebietstheile der beiden älteren Provinzen ausgedehnt wurde,

---

46) Supplemente und Erläuterungen zu dem großherzoglich hessischen Militärstrafgesetzbuche. Darmst. 1834. Vgl. noch den Beitrag zum ersten Bande der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Kurfürstenth. und Großherzogth. Hessen (Darmst. 1834), S. 555—583: Ueber die oberrichterliche Abänderung der unterrichterlichen Erkenntnisse in Strafsachen. Mit besonderer Beziehung auf das großherz. hess. Militärstrafgesetzbuch.

47) Handbuch der Gesetze, Verordnungen und sonstigen Vorschriften für das Forstwesen im Großherzogth. Hessen, erste Abth. (Darmst. 1840), S. 1—27. (Die zweite Abth. dieses Handbuches begreift die Normen des Verfahrens zur Bestrafung der Forstvergehen.) Vgl. noch Brumhard, Versuch zur Begründung einer zeitgemäßen Forststrafgesetzgebung. Mit besonderer Rücksicht auf das Großherzogth. Hessen. Offenb. 1833.

48) Buchner, Geschichte des großherzogl. hess. Landtages v. J. 1834 (Hanau 1835), S. 37—40.

49) Breidenbach a. a. O. S. 153.

50) S. den dritten Band dieses Lexikons s. v. Defraudation.

51) Bopp, der öffentliche Ankläger und der Staatsprocurator in Hessen bei Rhein (S. 316—351 des zweiten Bandes der Zeitschrift für teutsches Strafverfahren, herausgegeben von v. Jagemann und Nöllner, Karlsruhe 1842).

52) S. über die neueste Ausgabe derselben mit Supplementen vom Jahre 1830 und die weiteren in den Jahren 1839 und 1840 herausgegebenen Nachträgen weiter unten unter: Civilprozeß.

ausgeprägt findet. Der Organisation vom Jahre 1803 war es vorbehalten, auch diese Formen zu verdrängen. Stillschweigend wurde der durch die Doctrin längst ausgebildete reine Inquisitionsprozeß eingeführt, der eo ipso die bisher aufrecht erhaltene Oeffentlichkeit des Strafverfahrens vor dem Publicum untergehen ließ[53]) und consequent (s. oben) das Institut der Rechtsmittel mitbrachte[54]). Um so greller war daher der Gegensatz, als im Jahre 1816 die Provinz Rheinhessen hinzukam, welche die französische Gerichtsverfassung und Rechtsgesetzgebung, und so auch das Gesetzbuch über das Strafverfahren mit dem Institute des öffentlichen Anklägers, mit Oeffentlichkeit, Mündlichkeit und Geschwornengericht, mitbrachte[55]); bald wurde die Nothwendigkeit erkannt, daß vor allen Dingen eine gleichförmige Justizverfassung für das ganze Großherzogthum festgesetzt und gleichförmige Grundlagen für das gesetzliche Verfahren bestimmt würden. Als Product dieser Einsicht erschien das Edict vom 1. December 1817[56]), welches sich namentlich dahin aussprach: Der in beiden Landestheilen bestehende Grundsatz der Vereinigung der Civil- und Strafgerichtsbarkeit wird auch künftig aufrecht erhalten. Die Straffälle sollen in dem ganzen Großherzogthume in drei Classen getheilt werden, a) in die kleinen oder einfachen Polizeistraffälle, b) in die mittleren oder Zuchtpolizeistraffälle und c) in die großen oder peinlichen Straffälle. Die ersteren sollen an die Stadt- und Landrichter, die zweiten aber an eine deßfalls zu bildende Abtheilung der Hofgerichte

---

53) Rühl, über Oeffentlichkeit der Rechtspflege nach den in den älteren Theilen des Großherzogthums Hessen bestehenden Rechtsnormen (Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Kurfürstenthums und Großherzogthums Hessen u. s. w. Bd. 1 [Darmstadt 1834], S. 541 flg.).

54) Rühl, die Grundzüge des peinlichen Prozesses nach Inhalt der Carolina, sodann der hessen-darmstädtischen peinlichen Gerichtsordnung vom Jahre 1726 und des neueren Inquisitionsverfahrens im Großherzogthume Hessen (bei Bopp, Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Hessen Th. 1 (Darmstadt 1830), S. 32—53. Hitzig, Annalen der teutschen und ausländischen Criminalrechtspflege Bd. 9 (Berlin 1831), S. 288—308: Einiges über die Gerichtsverfassung und das Verfahren in Strafsachen im Großherzogthume Hessen.

55) Vgl. im allgemeinen Mittermaier, das teutsche Strafverfahren, 3. Aufl., Bd. 1 (Heidelb. 1839), §. 20, 40, 45, und insbesondere: Ueber die gesetzlichen Garantien der persönlichen Freiheit in Rheinhessen. Ein Beitrag zur Kenntniß der französischen Gesetzgebung in teutschen Staaten von J. Glaubrech, Advocat und Anwalt in Mainz, Darmstadt 1834, und die Betrachtung dieser Schrift S. 179—186 des 25. Bandes der Schunck'schen Jahrbücher der jur. Liter. Neust. 1834.

56) Gensler, Beitrag zu der Gesetzgebung für die Verfassung der teutschen Gerichte und das Verfahren vor und von denselben, in Bemerkungen zu dem großherzoglich hessischen, die Organisation der Civil- und Strafjustiz, so wie der Staatsaufsicht über beide und die Grundlagen des künftigen gerichtlichen Verfahrens betreffenden Edicte vom 1. December 1817. Heidelberg 1818. Niederrheinisches Archiv für Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtspflege, herausgegeben von v. Sandt und C. Zum-Bach, Bd. 3 (Cöln 1818), S. 310—316. Mittermaier, über die neuesten Fortschritte der Criminalgesetzgebung in Teutschland (Bd. 4 des neuen Archivs des Criminalrechtes S. 180, 181).

und an das Plenum der standesherrlichen Justizcanzleien, so lange diese nicht genügend zur Bildung mehrerer Senate besetzt sind, gewiesen werden. Die dritten endlich gehören in dem jenseitigen Landestheile an den von dem Director des Hofgerichtes zu präsidirenden Criminalgerichtshof, der aus Mitgliedern des Mainzer Hofgerichtes und aus den Geschwornen gebildet wird, in den diesseitigen Landestheilen dagegen sollen diese Fälle von den vereinigten Abtheilungen der Hofgerichte behandelt werden, bis die allgemein verbreitete Bekanntschaft mit den Gesetzen und eine auf längere Erfahrung gegründete Prüfung es erlauben wird, auch hierin Gleichförmigkeit einzuführen. Bis zu einer Umarbeitung der Strafgesetzgebung soll die Grenze zwischen den drei Graden der Strafjustiz in der Art bestimmt sein, daß a) als einfache Polizeistraffälle betrachtet werden sollen alle durch das Organisationsedict von 1803 an die Justizbeamten gewiesenen Straffälle, mit Ausnahme der Diebstähle, die nicht blos Feldfrevel sind, und der Betrügereien und mit Vorbehalt näherer Bestimmung über die darin benannten Unzuchtsfälle; b) als Zuchtpolizeistraffälle alle höheren Straffälle bis zu der Strafe von zweijährigem Zucht- und Arbeitshaus; c) als peinliche Straffälle endlich alle, in welchen mehr als zweijährige Zucht- oder Arbeitsstrafe eintritt. Als privilegirte Strafgerichte sollen ferner bestehen a) die Militärgerichte, b) das Disciplinargericht und der akademische Senat der Universität Gießen, in Disciplinarsachen der Studirenden, c) das Oberforstcollegium in Darmstadt in Forststrafsachen und d) die Polizeideputationen in Gießen und Darmstadt, nach bisheriger Verfassung. In Strafsachen soll in Zukunft a) so viel die eigentlich peinlichen Strafen betrifft, das feierliche öffentliche Verfahren, welches in dem jenseitigen Landestheile gesetzlich ist, auch in den diesseitigen Landestheilen nach gebührender Instruction der Sache eintreten; b) bei den einfachen Polizeistraffällen dagegen soll die Oeffentlichkeit, damit nicht durch sie bei unbedeutenden Fällen die Ehre zu empfindlich gekränkt werde, hinwegfallen und eben dieses soll c) aus demselben Grunde auch bei den Zuchtpolizeivergehen, mit Ausnahme einiger Fälle, namentlich des Diebstahls und der Betrügerei, geschehen. Zugleich wurde ausgesprochen, daß das in der jenseitigen Verfassung ausgebildet vorliegende Institut der Staatsprocuratur oder Staatsanwaltschaft allgemein eingeführt werden solle.

Die Hoffnung, daß auf dieser Grundlage sich bald der Bau selbst erheben werde, wurde getäuscht. Es verfloß eine Reihe von Jahren, ehe ernstlich an dieses Werk gedacht wurde. Ein berühmter Lehrer und Kenner des Prozeßrechtes, Mittermaier, wurde endlich beauftragt, einen Entwurf der Strafprozeßordnung zu bearbeiten. In einem Präliminarvortrage stellte er die Grundzüge dar, nach denen er den Entwurf ausarbeiten wolle: Anklageverfahren mit Mündlichkeit und Oeffentlichkeit und Geschwornengerichte. Da besonders das Institut der Geschwornengerichte keinen Anklang fand, so kam es nicht zum Entwurfe der Prozeßordnung selbst. Auf dem Landtage von 1833 stellte die zweite Kammer namentlich den Antrag, in der Gesetzgebung das Princip der Collegialität der Gerichte, der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens

und das Institut des Geschwornengerichtes aufzunehmen und das französische, in Rheinhessen herrschende Gesetzbuch über das Strafverfahren verteutscht und verbessert für das ganze Land einzuführen[57]), ein Antrag, der schon darum keine Folge hatte, weil ihn die erste Kammer wegen der bald erfolgten Auflösung der Ständeversammlung nicht berathen konnte. Da auf dem Landtage von 1834 der Antrag, der aber schon darum, weil auch diese Ständeversammlung aufgelöst wurde, kein Resultat hatte, wiederholt eingebracht wurde[58]), so wendeten sich die zusammengetretenen Gesetzgebungsausschüsse an die Staatsregierung zum Zwecke der Vernehmung ihrer Intentionen. Diese, das Edict vom 1. December 1817 zum Stützpunkte nehmend, erklärte, sie sei geneigt, die französische Strafprozeßordnung dem Gesetzbuche zu Grunde zu legen, sobald von der Einführung der Geschwornengerichte für die Landestheile, denen dieses Institut fremd sei, vor der Hand abstrahirt, und das Erkenntniß über die Thatfrage im allgemeinen den Richtern überlassen werde; da es sich nicht sowohl von einer Umarbeitung, als vielmehr nur von einer Ueberarbeitung jener Prozeßordnung handle, so werde die Mündlichkeit, die Wirksamkeit der Staatsanwaltschaft, der Anklagekammer, die Zulässigkeit des Indicienbeweises und der Grundsatz der Motivirung die gerichtlichen Erkenntnisse hinsichtlich des Thatsächlichen und Rechtlichen im wesentlichen beibehalten, die Oeffentlichkeit des Verfahrens vor dem Publicum betrachte sie, die Staatsregierung, nicht als etwas so wesentliches, daß keine Modification und selbst Verschiedenheit in den Landen diesseits und jenseits des Rheines Platz finde, insofern darüber besondere Wünsche geäußert würden. Diese Erklärung wurde, als auf dem folgenden, ein Gesetz zur Beschränkung der Oeffentlichkeit des Strafverfahrens in Rheinhessen zu Wege bringenden[59]) Landtage von 18⅗⅞ der Antrag auf Vorlegung der Grundzüge der beabsichtigten Gesetzgebung sich in der zweiten Kammer erhob, unter Festhaltung des Edictes vom 1. December 1817, besonders hinsichtlich der Oeffentlichkeit vor dem Publicum, die Grundlage der Vereinbarung zwischen der Staatsregierung und den Ständen[60]), und erstere beauftragte den Oberappellationsgerichtsrath, nun Ministerialrath v. Lindelof mit der Ausarbeitung des Entwurfes der Strafprozeßordnung nach diesen leitenden Gesichtspunkten.

Nach einem Beschlusse der Staatsregierung soll den Ständen nicht eher darüber Vorlage gemacht werden, bis das Civilgesetzbuch zu Stande gekommen ist.

Das jetzt noch in den beiden älteren Provinzen herrschende Strafprozeßrecht hat seine Quellen in der genannten peinlichen Gerichtsordnung

57) Buchner a. a. O. (Darstellung) S. 217.

58) Buchner a. a. O. (Geschichte) S. 151.

59) Bopp, die Verhandlungen der Ständeversammlung des Großherzogthums Hessen auf dem Landtage vom Jahre 18⅗⅞ über den Gesetzesentwurf wegen Beschränkung der Oeffentlichkeit des Strafverfahrens in Bezug auf das Publicum. Beitrag zur Geschichte und Besprechung des Princips der Oeffentlichkeit der Gerechtigkeitspflege (S. 215—275 des Archivs des Criminalrechtes, neue Folge, Jahrgang 1837).

60) Buchner, Darstellung u. s. w. S. 217, 218.

vom Jahre 1726, so weit sie nicht durch die Einführung des reinen Inquisitionsprozesses und neuere Gesetze und Verordnungen modificirt erscheint, in den Grundsätzen des subsidiär geltenden gemeinen teutschen Criminalprozesses, in der auf seine Gestaltung vielfach einwirkenden Praxis, welche z. B. in neuerer Zeit den Indicienbeweis recipirte, und in der Ausübung der Befugniß der Gerichtshöfe, Normative zu erlassen [61]). Die wichtigsten jener Einzelverordnungen sind: 1) eine Verordnung vom 18. Februar 1815, wegen des weiteren Verfahrens im Falle der Erkennung der Todesstrafe; 2) Gesetz vom 8. Januar 1831, über das Verfahren gegen Cassebeamten, welche Recesse machen (Bopp, hess. Rechtsfr. S. 364—368, s. v. Cassebeamten; das Verfahren u. s. w.); 3) das Gesetz, die Verantwortlichkeit der Minister und obersten Staatsbeamten vom 5. Juli 1821, in Verbindung mit einem weiteren Gesetze vom 8. Januar 1824, wodurch das Verfahren vorgezeichnet wird (der §. 13 des standesherrlichen Edictes vom 27. März 1820 regulirt das Strafverfahren bei Anklagen gegen Standesherren vor dem Gerichte von Ebenbürtigen).

Civilrecht. Hiernach soll dem Strafgesetzbuche zunächst das Civilgesetzbuch folgen, das bestimmt ist, an die Stelle einer bunten Legislation zu treten [62]).

Schon zu Ende des vorigen und zu Anfange des jetzigen Jahrhunderts war diese vielfarbig genug. Als das geltende Civilrecht zeigte sich das römische und canonische Recht, die Reichsgesetzgebung, das longobardische Lehnrecht, das katzenelnbogische [63]) und solmsische [64]) Landrecht und eine Masse von Einzelnverordnungen.

Die durch den Reichsdeputationshauptschluß von 1803 erworbenen Entschädigungslande führten neue Statutarrechte, das Stadtrecht von Wimpfen [65]), das mainzische [66]) und pfälzische [67]) Landrecht [68]) und eine

---

61) S. Annalen der teutschen und ausländischen Criminalrechtspflege, begonnen von Hitzig, fortgesetzt von Demme, Bd. 17, S. 86 flg.: Großherzogthum Hessen. Generalien, die Strafrechtspflege betr.

62) Vgl. überhaupt Breidenbach a. a. O. S. 6—9.

63) Selchow, Magazin für die teutschen Rechte und Gesch. Bd. 1. Lemgo 1779. Eichhorn, Einleitung in das teutsche Privatrecht, 3. Aufl. (Gött. 1829), S. 50. Bopp, Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Hessen Th. 2 (Darmstadt 1830), S. 9—11. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen teutschen Privatrechtes, 5. Aufl. (Regensburg 1837), S. 71, 72.

64) Von der Nahmer, Handbuch des rheinischen Particularrechtes Bd. I (Frankfurt 1832), Einleitung S. XXXV—XLIII und S. 1—114. Eichhorn a. a. O. S. 51. Bopp a. a. O. S. 12, 13. Mittermaier a. a. O. S. 72. Eine neue Auflage dieses Landrechtes erschien im Jahre 1840 zu Hanau.

65) Von der Nahmer a. a. O. Bd. 2, S. 1045—1240. Bopp a. a. O. S. 15, 16. Mittermaier a. a. O. S. 72.

66) Von der Nahmer a. a. O. Bd. 2, S. 683—780. Eichhorn a. a. O. S. 51. Mittermaier a. a. O. S. 72. Bopp a. a. O. S. 14, 15. Eine neue Auflage dieses Statutarrechtes erschien im Jahre 1838 zu Aschaffenburg (s. die Anzeige derselben von Bopp, im Jahrg. 1838 der kritischen Jahrb. für teutsches Recht S. 1020—1023.

67) Von der Nahmer a. a. O. Bd. 1, S. 401—590. Eichhorn a. a. O. Mittermaier a. a. O. S. 72. Bopp a. a. O. S. 13, 14.

68) Der Hinzutritt der Grafschaft Erbach und Breuberg im Jahre 1806

Masse von Einzelnverordnungen hinzu, die oft nur ein glücklicher Zufall auffinden ließ und läßt, so, daß nicht selten darüber Beweis auferlegt und geführt wurde und wird, ob sie existiren oder publicirt wurden.

Die späteren Ländererwerbungen schwellten diesen Strom noch mehr an, dem auch eine Masse neuerer, seit dem Jahre 1820 parlamentarisch zu Stande gekommener Einzelgesetze[69]) zufloß[70]).

Als die Provinz Rheinhessen erworben ward, brachte diese auch ihr Civilgesetzbuch (den Code Napoleon) mit, so daß auch in Bezug auf

---

führte ein weiteres Landrecht in den Kreis: Das Landrecht oder die eigenthümlichen bürgerlichen Rechte und Sitten der Grafschaft Erbach und Herrschaft Breuberg im Odenwald. Gesammelt, geordnet und erläutert von H. Beck und Ch. Lauteren. Darmstadt 1824. Bopp a. a. O. S. 15.

69) Zu den wichtigsten dieser älteren Verordnungen und neueren Gesetze gehören die, welche der Titel der Goldmann'schen Schriften bezeichnet: Die Gesetzgebung des Großherzogthums Hessen in Beziehung auf Befreiung des Grundeigenthums und der Befreiung von alten drückenden Lasten, zusammengestellt von Wilhelm Goldmann, Darmstadt 1831; und Ergänzung und Fortsetzung der Schrift: Die Gesetzgebung des Großherzogthums Hessen in Beziehung auf u. s. w., zusammengestellt von dem Verfasser, Darmstadt 1841, z. B. Gesetz vom 6. August 1810, wegen Vergütung der Wildschäden; Gesetz vom 15. August 1816, wegen Verwandlung des fiscalischen Zehnten in Grundrenten; Gesetz vom 13. März 1824, wegen solcher Verwandlung der nicht fiscalischen Grundrenten; Gesetz vom 7. Februar 1821, wegen Aufhebung des Novalzehnten; Gesetz vom 25. Mai 1811, wegen Aufhebung und Auflösung der Leibeigenschaft; Gesetz vom 8. April 1819, wegen Aufhebung der Staatsfrohnden; Gesetz vom 6. März 1824, wegen Aufhebung der Jagdfrohnden (Mittermaier a. a. O. S. 469); Gesetz vom 7. October 1830, zur Förderung der Wiesencultur; Gesetz vom 27. Juni 1836, wegen Ablösung der Grundrenten; Gesetz vom 29. Januar 1836, die Frohnden zum Vortheile geistlicher oder Schulstellen betr. Außerdem: Verordnung vom 15. Mai 1812, wegen Aufhebung des Retractes (Bopp, hess. Rechtsfr. S. 13 flg., Mittermaier a. a. O. S. 647); Verordn. vom 11. August 1808, wegen der Abgabe der Collateralgelder, unterm 8. Juni 1821 auf Rheinhessen ausgedehnt (Bopp a. a. O. S. 138 flg., s. v. Collateralgelder); Verordn. vom 2. März 1795, über Bürgschaft der Ehefrau für den Ehemann, Privileg des Eingebrachten der ersteren u. s. w. (s. v. Zangen, über weibliche Bürgschaft und Concurssachen, Gießen 1804; Bopp, Mitth. Th. 5 [Darmstadt 1831], S. 66—97). Verordn. vom 28. December 1826, wegen Festsetzung der Volljährigkeit auf den Ablauf des 21. Lebensjahres; Gesetz vom 6. Januar 1827, wegen der rechtlichen Wirkungen der Uebertragung von Rechten (allg. jur. Zeitung von 1829, Nr. 82: Zur Geschichte der lex Anastasiana. Aufhebung derselben im Großherzogthum Hessen); Verordn. vom 19. Februar 1774 und 13. Februar 1776, wegen der Curatel über das Vermögen Abwesender (v. Zangen, Beiträge zum teutschen Rechte Bd. 2. Gießen 1792). Vgl. noch v. Hofmann, Beiträge zur näheren Kenntniß der Gesetzgebung und Verwaltung des Großherzogthums Hessen (Gießen 1832), S. 1—22: Rückblick auf die Gesetzgebung des Großherzogthums Hessen unter der Regierung Ludwig's I. vor Gründung seiner jetzigen Repräsentativverfassung, und S. 27—51: Fortschritte der Gesetzgebung im Großherzogthume Hessen, seit Einführung der landständischen Verfassung.

70) S. überh. Kühl, das gemeine teutsche Privatrecht, mit vorzüglicher Hinweisung auf die besonderen Privatrechtsquellen im Großherzogthume Hessen. Darmstadt 1824.

Privatrecht diese Provinz ihren beiden anderen Schwestern schroff gegenüberstand, und ein Grund mehr zur Aufrichtung einer das ganze Land umfassenden Civilgesetzgebung aufforderte. Schon im Jahre 1769 versprach der damalige Regent ein neues Landrecht. Zu Anfange dieses Jahrhunderts wurde eine Gesetzgebungscommission niedergesetzt, welche angewiesen wurde, das preußische Landrecht zum Grund zu legen. Zur Zeit der Herrschaft Napoleon's wurde dazu der Code Napoleon, später, 1816, das österreichische Civilgesetzbuch substituirt, bis, nachdem auf dem Landtage von 1833 die zweite Kammer den Beschluß gefaßt hatte, das französische Civilgesetzbuch (mit Modificationen) zu adoptiren, auf dem Landtage von $18\frac{35}{36}$ eine Vereinbarung zwischen der Staatsregierung und den Ständen dahin zu Stande kam, daß bei der Abfassung des Entwurfes das Civilgesetzbuch vorzugsweise und möglichst auf das bereits in der Provinz Rheinhessen herrschende Civilgesetzbuch (Code Napoleon) Rücksicht genommen werden solle[71]). Schon im Jahre 1830 war der Geheime Staatsrath Eigenbrodt mit der Bearbeitung eines Entwurfes des bürgerlichen Gesetzbuches beauftragt worden[72]). Nach seinem Tode, im Jahre 1839, wurde zu gleichem Zwecke eine Commission niedergesetzt, welche im Jahre 1842 den mit Motiven im Drucke erschienenen ersten Theil des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogthum Hessen, enthaltend die Titel von der Beurkundung des Personenstandes, von dem Ehe-, Eltern- und Vormundschaftsrechte und von der Curatel, öffentlich vorlegte[73]), und zwar unter Anderem mit folgenden Andeutungen hinsichtlich des Ganzen: Was den ganzen Umfang des Gesetzbuches anbelangt, so mußte man zwischen mehreren abweichenden Grundansichten schon jetzt entscheiden. Der Inhalt der Gesetzentwürfe ist, so viel es irgend vermeidlich war, mit Ausschluß der besonderen Rechtsverhältnisse des Regentenhauses, der Standesherren, der Adligen, der Geistlichen, des Militärs, der Juden, endlich des Handels und der Gewerbe, auf das allgemeine Civilrecht beschränkt. Die bürgerlichen Gesetzbücher von Oesterreich, Frankreich und sämmtliche diesen nachgebildete neuere Codificationen der Nachbarländer befolgen denselben Plan. Ferner liegt die Voraussetzung zu Grunde, daß mit Publication des Civilgesetzbuches das gemeine einheimische und fremde Recht aufhöre, in den dafür einschlagenden Materien subsidiäre Gesetzeskraft zu

71) Linde a. a. O. S. 296.

72) Ein von demselben verfaßter Entwurf eines Gesetzes über die Hypothek und übrigen Vorzugsrechte der Gläubiger (s. die Anzeige der diesen Entwurf enthaltenden Druckschrift [Darmstadt 1836], S. 118—124 des Jahrg. 1837 der kritischen Jahrbücher für teutsche Rechtswissenschaft, und Mittermaier, über Fortschritte der Gesetzgebung über Hypotheken u. s. w. (im 18. und 19. Bande des civ. Arch., Bd. 18, S. 437—441, Bd. 19, S. 119—143) wurde den Ständen auf dem Landtage von $18\frac{35}{36}$ vorgelegt, aber von der Staatsregierung bald zurückgenommen.

73) Eine Beurtheilung dieser Abtheilung (von Prof. Zöpfl in Heidelberg) finden wir im Januar- und Februar- (Doppel-) Hefte des Jahrg. 1843 der Heidelberger Jahrbücher der Literatur S. 49—91.

haben, daß unter gleicher Beschränkung die verschiedenen Provinzial- und Statutarrechte aufgehoben werden, endlich, daß Gewohnheitsrecht nur noch in solchen Fällen gelte, in welchen das Civilgesetzbuch es ausdrücklich aufrecht erhält. Der vorliegende Theil (aus dem Personenrechte) ist eben Gegenstand der Prüfung, namentlich von Seiten der Gerichtshöfe, welche dazu aufgefordert sind und in besonderen Sitzungen darüber berathen, und soll dem nächsten Landtage vorgelegt werden.

Civilprozeß. Die Grundlage der über die Provinzen Starkenburg und Oberhessen herrschenden Gesetzgebung für das Civilverfahren[74]) ist bis jetzt noch die von dem Landgrafen Ernst Ludwig, zwei Jahre vor Erlassung der Criminalordnung, im Jahre 1724 publicirte, in neuerer Zeit auf den Umfang jener beiden Provinzen ausgedehnte Civilprozeßordnung[75]), welche in 3 Theile zerfällt: 1) Verfahren bei den Untergerichten[76]); 2) Verfahren bei den Mittelgerichten (Regierungen); 3) Verfahren bei dem Oberappellationsgerichte, und die Grundsätze des gemeinen teutschen Civilprozesses adoptirte, die, da diese Prozeßordnung nicht sehr ins Einzelne geht, als subsidiäres Recht gelten und vielfach in Uebung sind. Außerdem herrscht eine Anzahl von Particularverordnungen, welche die Lücken jener Prozeßordnung ausfüllen helfen, sie vielfach modificiren u. s. w. Die bedeutendsten dieser Gesetze und Verordnungen sind:

1) Die (von Höpfner[77]) entworfene) Verordnung vom 3. März 1797 über das Verfahren bei Zeugenverhören; 2) die (gleichfalls von Höpfner entworfene) Hauptjustizverordnung vom 17. März 1797 zur Beförderung und Beschleunigung einer unparteiischen Justizpflege (Litiscontestation, Succumbenzgeldern, Appellation, Adhäsion, Restitution, Revision, Nullität u. s. w.); 3) die provisorische Verordnung zur Einführung eines gleichförmigen und zweckmäßigen Verfahrens in allen aus den althessischen sowohl, als aus den neuerworbenen landgräflichen Landen an das Oberappellationsgericht gelangenden Rechtssachen, zerfallend in fünf Titel: Von der Oberappellationsfähigkeit des Streitgegenstandes, von den Succumbenzgeldern und Sporteln, von den Formalien und Fatalien der Einwendung, Einführung und Rechtfertigung der Appellation,

---

74) Breidenbach a. a. O. S. 3, 4.

75) Hessen-darmstädtische Civilprozeßordnung vom Jahre 1724 und peinliche Gerichtsordnung vom Jahre 1726 mit Supplementen. Darmstadt 1830. Bopp, Nachträge zur hessen-darmstädtischen Civilprozeßordnung von 1726 mit Supplementen. Darmstadt 1839. Bopp, Materialien des hessischen bürgerlichen und peinlichen Prozeßrechtes. Darmstadt 1840. Leitfaden zur Kenntniß der Justizverfassung in dem Großherzogthume Hessen diesseits des Rheines und der Particularprozeßgesetzgebung. Darmstadt 1837.

76) Kühl, die geltenden Grundsätze. Das gewöhnliche Verfahren bei den Untergerichten (Stadt- und Landgerichten) im Großherzogthume Hessen, nach Inhalt der hessen-darmstädtischen Civilprozeßordnung von 1724 und der später erfolgten Verordnungen und Vorschriften (bei Bopp, Mittheilungen Th. 1, S. 1—32).

77) Wenck, Leben und Charakter des verst. Geh. Tribunalrathes Höpfner (Frankf. 1797), S. 45.

vom Erkennen und Abschlagen der Appellationsprozesse[78]); 4) eine Verordnung vom 12. April 1806, über das Rechtsmittel der Restitution; 5) verbesserte Advocatur- und Procuraturtaxordnung vom 23. August 1810; 6) Hauptjustizverordnung vom 11. Januar 1812, wegen Abschaffung der dilatorischen Fristen bei den Gerichtshöfen, wegen Dauer der Fristen, Restitution gegen deren Ablauf u. s. w.; 7) Verordnung vom 21. Februar 1812, resp. 5. Mai 1820, wegen Immobiliarzwangsveräußerung; 8) Verordnung vom 12. Mai 1814, wegen der Competenzconflicte zwischen den Justiz- und Administrativbehörden[79]); 9) Verordnung vom 5. März 1815, über das Rechtsmittel der Nichtigkeit (in 12 §§.)[80]); 10) Verordnung vom 10. Juli 1820, wegen Mittheilung der Entscheidungsgründe; 11) Gesetz vom 31. December *1829,* über das Verfahren in unbestrittenen Schuldsachen bei den *Untergerichten*[81]); 12) Gesetz vom 1. Mai 1830, wegen Aufhebung der dilatorischen Termine bei den Untergerichten, Ladung, Restitution gegen den Ablauf der Fristen u. s. w.[82]); 13) Gesetz vom 29. März 1836, wegen des Armenrechtes[83]); 14) Gesetz vom 19. Januar 1836, Personalarrest in Bezug auf die in der Stadt Offenbach eingegangenen Handelsverbindlichkeiten[84]). Zum Theil hat sich das Civilverfahren auch durch die Praxis ausgebildet[85]).

---

78) Vgl. überh. über die hessische Civilprozeßgesetzgebung hinsichtlich der Rechtsmittel Linde, Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln nach Grundsätzen des teutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses, nebst einer ausführlichen Vergleichung der betreffenden in Teutschland geltenden particularrechtlichen Grundsätze u. s. w., erster Theil, Gießen 1831, zweiter Theil, Gießen 1840 (Bd. 4 u. 5, von des Verf. Handbuch des teutschen gemeinen bürg. Proz.), Th. 1, §. 22, S. 49, 50, §. 41, S. 114—124, §. 103, S. 368—375; Th. 2, §. 185, S. 195—199, §. 271, S. 604—614, §. 290, S. 748—755.

79) Eigenbrodt a. a. O. S. 332 flg. Bopp, Nachträge u. s. w. s. v. Competenzconflict S. 240—248. S. überh. A. Müller, der allgemeine Telegraph für die teutsche Gesetzkunde Bd. 1 (Heilb. 1840), S. 559—567. Eigenbrodt, das Verhältniß der Gerichte zur Verwaltung im Großherzogthume Hessen, mit Entscheidungen des Staatsrathes zu Darmstadt. Darmstadt 1840.

80) Bopp a. a. O. s. v. Nichtigkeitsbeschwerde S. 440—444.

81) Bopp a. a. O. s. v. Mahnverfahren S. 406—410. Derselbe, Nachträge u. s. w. S. 514—528 (unter Beachtung der Praxis).

82) Bopp a. a. O. S. 207—210, s. v. dilatorische und peremtorische Termine. Dazu: Nachträge u. s. w. S. 355—367.

83) S. den ersten Band dieses Lexikons s. v. Armenrecht S. 448. v. Linde a. a. O. S. 222—332. Bopp, Nachträge S. 88—122, s. v. Armenrecht. Dessen Materialien s. v. Armenrecht S. 13, 14.

84) S. den ersten Band dieses Lexikons s. v. Arrest S. 451, Note 5. v. Linde a. a. O. S. 332. Bopp, Nachträge S. 125—141. Schon im Jahre 1829 wurde die Frankfurtische Gesetzgebung über Wechselrecht und Wechselprozeß für diese Stadt adoptirt: Trygophorus, Verordnung über die Einführung eines Wechselrechtes in der Stadt Offenbach, nebst den in dieser Verordnung bemerkten gesetzlichen Quellen dieses Wechselrechtes (Darmstadt 1829), und die Beurtheilung dieser Schrift im 22. Bande der Schunck'schen Jahrbücher der ges. teutschen jur. Literatur (Neust. 1833), S. 258—261.

85) S. z. B. Präjudicien des großh. hess. Hofgerichtes der Provinz Starkenburg. Auf Verfügung des großh. Hofgerichtes gedruckt u. s. w. Darmstadt 1837.

Ein Beispiel ist der Executivprozeß, der lediglich ein Kind derselben ist. S. dieses Lexicon Bd. 4, s. v. Executivprozeß, S. 134, Note 34.

Der Umstand, daß auch in Bezug auf das Civilverfahren eine tiefe Kluft zwischen der Rheinprovinz und ihren beiden älteren Schwestern befestigt war, indem erstere sich einer geordneten und in ihren Grundzügen (Mündlichkeit, Oeffentlichkeit u. s. w.) zeitgemäßer Gesetzgebung in der französischen Civilprozeßordnung[86]) erfreuet[87]), müßte auch in diesem Rechtsgebiete zu dem Bestreben, eine durchgreifende legislative Reform vorzunehmen, führen. Die Grundzüge derselben, so wie der Organisation der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit, wurden gleichfalls in jenem Edicte vom 1. December 1817[88]) vorgezeichnet, wo es unter Anderem heißt: Der Regel nach wird die streitige Gerichtsbarkeit in der untersten Instanz von den Justizämtern, die jenseits des Rheines an die Stelle der nur mit beschränkter Jurisdiction versehenen Friedensgerichte treten, in der zweiten Instanz von Hofgerichten und Justizcanzleien und in der dritten Instanz von dem Oberappellationsgerichte in Darmstadt ausgeübt. Für diejenigen Geschäfte der willkürlichen Gerichtsbarkeit, welche nicht durch das Gesetzbuch an andere Behörden überwiesen werden, sollen, mit Aufhebung des jenseits bestehenden Notariatsinstitutes, eigene Behörden unter der Benennung von Land- und Stadtschreibereien errichtet werden[89]). Die vollziehende Gewalt wird im allgemeinen den Händen der Richter anvertraut. Bei den Collegien soll jedoch die Sorge für die

---

86) Lessaulx, Gesetzbuch über das Verfahren im bürgerlichen Prozesse, übersetzt und mit Anmerkungen begleitet. Kobl. 1810. Bachovon, Gesetzbuch über den bürgerlichen Prozeß, aus dem Französischen übersetzt und mit erläuternden und vergleichenden Anmerkungen begleitet. Düsseldorf 1810. Einzelne Gesetze wurden auf Verbesserung der Gesetzgebung gerichtet, z. B. das in 63 Artikel zerfallende Gesetz vom 29. April 1824, wegen Zwangsveräußerungen in Rheinhessen (darauf berechnet, dieses Verfahren durch Entfernung von Förmlichkeiten, die dem Zwecke nicht entsprechen, zu vereinfachen und minder kostspielig zu machen), welches durch ein zur Erreichung des Zweckes noch weiter gehendes Gesetz vom 24. Juli 1830 (61 Artikel) aufgehoben und ersetzt wurde. Mann (Notar in Mainz), über die Immobiliarzwangsversteigerungen, die Licitations- und andere Versteigerungen der Güter von Minderjährigen und das Theilungsverfahren in Rheinhessen. Mainz 1828. Mittermaier, der gem. teutsche bürgerl. Prozeß in Vergl., 3. Beitrag, 2. Aufl. (Bonn 1832), S. 178, 210.

87) Die Rechtesprechung der Gerichte dieser Provinz findet sich beurkundet in dem Archiv merkwürdiger Rechtsfälle und Entscheidungen der rheinhessischen Gerichte, mit vergleichender Berücksichtigung der Jurisprudenz von Frankreich, Rheinbayern und Rheinpreußen. Herausgegeben durch die Anwältekammer in Mainz Bd. 1—3. Mainz 1829—1832. Neue Folge Bd. 1. Mainz 1837, 1838.

88) Schon in einem Edicte vom 4. November 1816 wurde die Entwerfung einer Civilprozeßordnung in Verbindung mit einer gleichförmigen Gerichtsverfassung verordnet.

89) v. Biegeleben, über die Errichtung der Landschreibereien im Großherzogthume Hessen (Darmstadt 1827), und die Anzeige dieser Schrift S. 75—78 des 24. Bandes der Schunck'schen Jahrbücher der jur. Liter. Neustadt 1834.

rasche Vollziehung den Staatsanwälten obliegen. Die Stadt- und Landrichter sollen überall auf einen angemessenen und nach Classen anzuordnenden bestimmten Gehalt gesetzt werden, und es soll der Selbstbezug der Sporteln gänzlich aufhören. Die Stadt- und Landschreiber sollen die nach einer bestimmten Taxordnung zu erhebenden Sporteln verrechnen. Es soll ihnen hiernach ein bestimmter Gehalt ausgeworfen werden. In Civilsachen soll, um allen plötzlichen Uebergang zu ungewöhnlichen Formen zu verhüten, und doch die Möglichkeit zu eröffnen, daß nach und nach diejenige Form die gewöhnliche werde, welche die Erfahrung als die beste darstellen wird, von folgenden Grundsätzen ausgegangen werden: 1) Bei den Land- und Stadtrichtern soll nur mündliches Verfahren stattfinden, vorbehältlich der in der Prozeßordnung näher zu begrenzenden Befugniß, in seltenen Ausnahmen, bei sehr verwickelten Fällen, das schriftliche Verfahren zu verordnen. 2) Bei den Mittelgerichten soll a) in erster Instanz gleichfalls in der Regel mündlich und zwar bei den Hofgerichten vor einer Abtheilung, welche zugleich die Streitsache entscheidet, verhandelt werden, mit Vorbehalt der Befugniß, in verwickelten Fällen schriftliches Verfahren zu verordnen; b) in zweiter Instanz dagegen soll schriftliches Verfahren eintreten, wenn nicht das Directorium nach Uebergabe der Beschwerdeführung mündliches Verfahren verordnet, was ihm in allen Fällen, wo nicht schon in der ersten Instanz schriftliches Verfahren stattgefunden hat, vorbehalten bleiben soll; c) bei dem Oberappellationsgerichte soll das schriftliche Verfahren überall eintreten, wo nicht das Directorium es angemessener findet, das mündliche Verfahren, sei es in erster Instanz oder in letzter, eintreten zu lassen. Alles Civilverfahren soll immer dergestalt öffentlich sein, daß die streitenden Theile von keiner Verhandlung, selbst nicht von den Zeugenverhören ausgeschlossen werden dürfen, daß ihnen der status causae zur Einsicht und zu etwaigen Bemerkungen vor dem Urtheile vorgelegt und nach dem Urtheile ihnen die Entscheidungsgründe mitgetheilt werden sollen. Eine Oeffentlichkeit des Civilverfahrens in dem Sinne dagegen, daß auch in dem Streite nicht befangene Personen zugelassen werden, soll nur dann bei dem mündlichen Verfahren eintreten, wenn a) beide Theile es verlangen und der Richter nicht aus Gründen der öffentlichen Ordnung das Gegentheil zu verfügen für gut findet, oder wenn b) nur ein Theil eine solche Oeffentlichkeit begehrt und der Richter diesem Gesuche aus erheblichen Gründen entspricht. Schon im Jahre 1828 wurde die (von dem Vorsteher der Gesetzgebungscommission, dem nachherigen Minister v. Grolman entworfene) Untergerichtsordnung, im folgenden Jahre 1819 die Mittelgerichtsordnung mit Motiven als Entwurf durch den Druck veröffentlicht [90]), während auf dem Landtage von 18$\frac{20}{21}$ diese

---

90) Motive zu dem Gesetzbuche für das Großherzogthum Hessen über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen, herausgegeben von Floret, großherzoglich hessischem Oberappellationsgerichtsrathe und Mitgliede der Gesetzredactionscommission. Erstes Heft. Ordnung des gewöhnlichen Verfahrens bei Land- und Stadtgerichten. Darmstadt 1818. Zweites Heft. Ordnung des gewöhnlichen

Entwürfe in Verbindung mit Gesetzesentwürfen über die Competenz der für die Provinz Rheinhessen angeordneten Gerichte, über das außerordentliche Verfahren bei den Untergerichten der Provinzen Starkenburg und Oberhessen und über das außerordentliche Verfahren in den zur Competenz der Friedensgerichte in Rheinhessen verwiesenen rein persönlichen und Mobiliarsachen, welche auf keiner executivischen Urkunde beruhen, den Ständen vorgelegt wurden[91]). Da die zweite Kammer der Stände (mit geringer Majorität) die Annahme des Entwurfes der Untergerichtsordnung von der Bedingung abhängig machte, daß sie bis zur Einführung einer vollständigen Civilprozeßordnung in Bezug auf Rheinhessen außer Wirksamkeit bleiben sollte, so sah die Staatsregierung, ausgehend von dem Entschlusse, die Reformation des gerichtlichen Verfahrens nicht in einzelnen Provinzen, sondern im ganzen Großherzogthume gleichförmig einzuführen, in diesem Beschlusse eine Ablehnung des ganzen Gesetzesentwurfes und zog auch die anderen damit in unmittelbarer Verbindung stehenden Gesetzesentwürfe zurück[92]). Dieses ungünstige Resultat wirkte, in Verbindung mit anderen widrigen Elementen, lähmend ein, und erst nach mehreren Jahren, nach dem im Anfange des Jahres 1829 erfolgten Ableben des Ministers v. Grolman, wurde ein berühmter Prozessualist, der damalige Ministerialrath, nunmehrige Geheime Staatsrath Dr. v. Linde, beauftragt, den Entwurf der Civilprozeßordnung auszuarbeiten, ein Auftrag, der in sich erloschen wäre, wenn der Beschluß der zweiten Kammer auf dem Landtage von 1833, die Staatsregierung zu ersuchen, namentlich die französische in Rheinhessen geltende Civilprozeßordnung mit den durch die Erfahrung dictirten Verbesserungen als Gesetzbuch für das ganze Land zu adoptiren[93]), Erhörung gefunden hätte. Auf dem Landtage von 18$\frac{3}{3}\frac{4}{6}$ vereinigte sich die Staatsregierung mit den Ständen über bestimmte, dem Geiste des Edictes vom 1. December 1817 und der

---

Verfahrens bei den Mittelgerichten. Darmstadt 1819. S. hierüber Mittermaier, im Archiv für die civil. Praxis Bd. 1, S. 3 flg., Bd. 2, S. 174 flg. Derselbe, der gemeine teutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung u. s. w., erster Beitrag, 2. Aufl. (Bonn 1822), S. 66, wo der Verf. sagt: Auf die Grundlage des französischen Prozesses gebaut, mit dem Streben, teutschrechtliche Bestimmungen mit den französischen zu verbinden, mit vielfachen Modificationen des französischen Verfahrens erscheint der Entwurf des Verfahrens für die Mittelgerichte im Großherzogthume Hessen.

91) S. A. Müller, Archiv für die neueste Gesetzgebung aller teutschen Staaten Bd. 3 (Mainz 1832), S. 87 flg. Weber, pragmatische Geschichte der Verhandlungen der Landstände des Großherzogthums Hessen im Jahre 1827 über die proponirte neue Stadt- und Landgerichtsordnung und die damit in Verbindung stehenden weiteren Gesetze, nach officiellen Quellen dargestellt (Darmstadt 1828), und die Beurtheilung dieser Schrift S. 227—246 des 20. Bandes der Schunck'schen Jahrbücher der ges. teutschen jur. Literat. Neustadt 1832. Mittermaier, im 11. Bande des Archivs für die civilistische Praxis S. 285 flg.

92) Weber a. a. O. S. 184—186.

93) Mittermaier, über die Ergebnisse der legislativen Thätigkeit in Bezug auf Civilprozeßgesetzgebung und Gerichtsorganisation seit 1830 (S. 122 flg. des 17. Bandes des civil. Arch.) S. 131—138.

früher vorgelegten Entwürfe der Untergerichts- und Mittelgerichtsordnung entsprechende Grundlagen[94]).

Nach neueren Beschlüssen der Staatsregierung soll der Entwurf der Civilprozeßordnung den Ständen dann erst vorgelegt werden, wenn das Civilgesetzbuch hingegeben ist. Bis also das gesammte Großherzogthum, ein Land von jetzt 818,000 Einwohnern und ungefähr 153 Quadratmeilen, von denen 74 auf Oberhessen, 54 auf Starkenburg und 25 auf Rheinhessen kommen[95]), sich eines Civilprozeßgesetzbuches erfreuen wird, mag die Zahl seiner Bewohner, bei der raschen Zunahme der Bevölkerung, die bereits bestimmte Besorgnisse erweckt hat, sich auf 900,000 belaufen.

Staatsrecht[96]). Das öffentliche Recht des Großherzogthums hat seinen Kern und Mittelpunkt in dem Staatsgrundgesetze vom 17. December 1820, welches in 10 Titel und 110 Artikel zerfällt. Titel 1. Von dem Großherzogthume und dessen Regierung im allgemeinen[97]). Verhältniß zum teutschen Bunde. — Vereinigung aller Rechte der Staatsgewalt im Regenten. — Erbfolge nach Erstgeburt und Linealerbfolge mit Aufrechthaltung der Erbverbrüderungen. Tit. 2. Von den Domänen. Deren Eigenschaft als unveräußerliches Familieneigenthum des fürstlichen Hauses in der Art, daß der Ertrag zu den Staatsausgaben verwendet wird und vorzugsweise für Bestreitung der Bedürfnisse des großherzoglichen Hauses (Civilliste u. s. w.) haftet. Tit. 3. Allgemeine Rechte und Pflichten[98]). Indigenat, Erwerbung und Verlust des Staatsbürgerrechtes — Gleichheit vor dem Gesetze — Gleichstellung — Auswanderungsfreiheit[99]) — Unabhängigkeit

94) Näheres in dem gen. v. Linde'schen Beitrage zum 20. Bande des Archivs für die civil. Praxis S. 296—298 (Einzelrichter in erster Instanz, auch für die freiwillige Gerichtsbarkeit, Aufhebung des Institutes der Gerichtsboten [Huissiers] und der privilegirten Gerichtsstände. Staatsprocurator, mündliches und in Bezug auf die Parteien unbedingt und in Bezug auf das Publicum bedingt öffentliches Verfahren).

95) Demian, Beschreibung oder Statistik und Topographie des Großherzogthums Hessen, erste Abth. Statistik, zweite Abth. Topographie. Mainz 1824, 1825. Wagner, statistisch-topographisch-historische Beschreibung des Großherzogthums Hessen, 4 Bände. Darmstadt 1829—1831. Hundeshagen, die Staatskräfte des Großherzogthums Hessen. Ein Versuch (Tübing. 1833), §. 2, 3, S. 9—20. Crome, Handbuch der Statistik des Großherzogthums Hessen Th. 1. Darmst. 1822.

96) Weiß, System des Verfassungsrechtes des Großherzogthums Hessen (Darmstadt 1837), und die Beurtheilung dieses Werkes S. 1071—1102 des Jahrg. 1838 der krit. Jahrb. für teutsche Rechtswissenschaft. Zum großen Theil antiquirt ist die Darstellung des hessischen Staatsrechtes in den beiden Schriften von Estor, electa iuris publici Hassiaci. Francof. 1752., und elementa iur. publ. Hass. Francof. 1752. S. überh. noch: Literarisches Handbuch für Geschichte und Landeskunde von Hessen im allgemeinen und dem Großherzogthum Hessen insbesondere, von Ph. A. F. Walther (Darmstadt 1841), S. 81—150, wo die Literatur des hessischen Staatsrechtes aufgeführt ist.

97) Weiß a. a. O. Buch 2: Von dem Staatsoberhaupte, S. 109—123.

98) Weiß a. a. O. Buch 3, I. S. 222—260.

99) S. dieses Lexikon Bd. 1 s. v. Auswanderung S. 514, 515. Bopp, hessischer Rechtsfreund S. 62—72, s. v. Auswanderung.

der Rechtspflege — Freiheit der Person und des Eigenthums mit Verbindlichkeit der Abtretung des letzteren zu öffentlichem Zweck gegen Entschädigung[100]) — Freiheit der Presse und des Buchhandels, außer dem Gesetze gegen den Mißbrauch u. s. w. Tit. 4. Besondere Rechte des Adels[101]). Tit. 5. Kirche, Unterrichts- und Wohlthätigkeitsanstalten. Schutz der inneren Kirchenverfassung, des Kirchengutes, der Stiftungen. Tit. 6. Die Gemeinden. Zusage einer Gemeindeordnung, deren Grundlage, eigene Verwaltung des Gemeindevermögens unter Oberaufsicht des Staates[102]). Tit. 7. Staatsdienst[103]), Prüfung als Bedingung der Zulassung als Regel — Unzulässigkeit der Anwartschaften und der Niederschlagung von Untersuchungen wegen Dienstverbrechen u. s. w. Tit. 8. Landstände[104]). Zweikammersystem. — Active und passive Wahlfähigkeit. Versammlung der Stände wenigstens alle 3 Jahre. — Nothwendige Zustimmung der Stände zum Ausschreiben und Erheben directer und indirecter Auflagen. Theilnahme an der Gesetzgebung[105]) (Art. 72, 73): Ohne Zustimmung der Stände kann kein Gesetz, auch in Bezug auf das Landespolizeiwesen, gegeben, aufgehoben oder abgeändert werden. Wenn bei bestehenden Gesetzen die doctrinelle Auslegung nicht hinreicht, so tritt nicht authentische Auslegung, sondern die Nothwendigkeit einer neuen Bestimmung durch einen Act der Gesetzgebung ein. Der Großherzog ist befugt, ohne ständische Mitwirkung die zur Vollstreckung und Handhabung der Gesetze erforderlichen, so wie die aus dem Aufsichts- und Verwaltungsrechte ausfließenden Verordnungen und Anstalten zu treffen und in dringenden Fällen das Nöthige zur Sicherheit des Staates vorzukehren. — Initiative der Staatsregierung — Garantie der Staatsschuld — ständisches Petitionsrecht und Beschränkung des Petitionsrechtes Einzelner auf das individuelle Interesse —

---

100) Expropriationsgesetz vom 27. März 1821. S. den vierten Band dieses Lexikons s. v. Expropriation S. 140, und Bopp a. a. O. S. 8—13, s. v. Abtretung von Privateigenthum zu öffentlichen Zwecken. Durch ein Gesetz vom 18. Juni 1836 (v. Linde a. a. O. S. 300, 301) wurde dieses Gesetz zum Besten der Privatgesellschaften ausgedehnt, welche Eisenbahnen anlegen wollen.

101) Weiß a. a. O. Buch 3, II. A.

102) Gemeindeordnung vom 30. Juni 1821, in 7 Titeln und 100 Artikeln, abgedruckt u. A. im 3. Bande des A. Müller'schen Archivs der Gesetzgebung (Mainz 1832), S. 236—263. Weiß a. a. O. Buch 4: Von den Gemeinden, S. 390—444. Ebel, Anleit. zur Verwaltung des Gemeindevermögens nach der großherzoglich hessischen Gemeindeordnung. Gießen 1827. Consequent wurde auch durch ein Gesetz vom 21. Juni 1836 (v. Linde a. a. O. S. 321, 322) das Privilegium der Gemeinden im Genusse der iura minorum aufgehoben.

103) Weiß a. a. O. Buch 2, I. B. S. 341—376. Hertel, einige Worte über den Staatsdienst im Großherzogthume Hessen (Darmstadt 1827), und die Anzeige dieser Schrift S. 188—192 des 24. Bandes der Schunck'schen Jahrbücher der jur. Lit. Neustadt 1834.

104) Weiß a. a. O. Buch 5, S. 445—542.

105) v. Gagern, über Verlängerung der Finanzperioden und Gesetzgebungslandtage (Darmstadt 1832), und die Betrachtung dieser Schrift S. 287—294 des 22. Bandes der Schunck'schen Jahrb. der juristischen Literatur. Neustadt 1833.

Unverantwortlichkeit der Abstimmung — Bekanntmachung der Verhandlungen durch den Druck und Befugniß der Zulassung von Zuhörern u. s. w. Tit. 9. Allgemeines. Der Fiscus privatrechtlich dem Gerichte unterworfen. — Gesetzbücher (s. oben). Unzulässigkeit von Handels- und Gewerbsmonopolen außer besonderem Gesetze und der Confiscation des ganzen Vermögens[106]). Tit. 10. Gewähr der Verfassung[107]). Zusicherung der Beobachtung der Verfassung beim Regierungsantritte — Eid des Verwesers — Eid der Staatsbürger und Staatsdiener — Verantwortlichkeit der Minister und obersten Staatsbeamten[108]) — Abänderungen und Erläuterungen der Verfassungsurkunde[109]).

Die oberste Staatsbehörde, neben welcher der bereits erwähnte Staatsrath besteht, ist das Staatsministerium, das, wie bereits oben bemerkt, in drei Departements, des Innern und der Justiz, der auswärtigen Angelegenheiten und des großherzoglichen Hauses, und der Finanzen zerfällt. Außerdem ist das Kriegsministerium die oberste Behörde für das Kriegswesen. Die übrigen in der Hauptstadt vereinigten Landescollegien sind 1) die an die Stelle der bisherigen Provinzialfinanzcollegien (Hofkammern) im Jahre 1821 gesetzte Oberfinanzkammer, in zwei Sectionen für das Steuerwesen und die Domänen; 2) die Zolldirection für die Angelegenheiten der Theilnahme an dem teutschen Zollvereine; 3) die Oberbaudirection (Vollziehung des neuen Bauwesens und Unterhaltung der Staats- und Domanialgebäude, Fluß- und Dammbau, Verwaltung der Salz- und Bergwerke, Handhabung des Bergregals u. s. w.); 4) die Rechnungskammern, deren Wirkungskreis, wie sich die Verordnung vom 23. Juni 1821 über deren Errichtung und Organisation ausspricht, im allgemeinen besteht in der Untersuchung und Beurtheilung, ob alle Staatseinnahmen, die nach Maßgabe des Staatsfinanzbudgets, oder besonderer Verfügungen einzuziehen gewesen sind, vollständig erhoben und verrechnet, die Ausgabeposten vorschriftmäßig justificirt und überhaupt alle für die Rechnungsführung ertheilten

---

106) Gesetz vom 24. September 1821, über die an die Stelle der Confiscation des ganzen Vermögens tretenden Strafen der Deserteurs und Refractairs. Bopp a. a. O. S. 143 flg., s. v. Confiscation. A. Müller, Archiv für die neueste Gesetzgebung aller teutschen Staaten Bd. 3 (Mainz 1832), S. 477—498, wo das Gesetz nebst den ständischen Verhandlungen, aus denen es hervorging, mitgetheilt ist. Floret, Darstellung S. 165, 166.

107) Weiß a. a. O. Buch 6, S. 543—560.

108) Gesetz über die Verantwortlichkeit der Minister u. s. w. (nach Art. 109 der Verfassungsurkunde integrirender Bestandtheil derselben) vom 5. Juli 1821, nebst Nachtrag vom 8. Januar 1824, über etwaige Ergänzung des Richterpersonales. Floret, Darstellung u. s. w. S. 179—227. Beck, das hessische Staatsrecht, zweites Buch, erstes und zweites Heft (Darmstadt 1832), S. 382—384.

109) Weiß, Bemerkungen über den Artikel 110 der Verfassungsurkunde des Großherzogthums Hessen (Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege des Kurfürstenthums und Großherzogthums Hessen u. s. w. Bd. 1, Darmstadt 1834) S. 123—154.

Vorschriften beobachtet worden sind; 5) die Oberforstdirection[110]) zur Beaufsichtigung und Leitung des Forstwesens (Verordnung vom 1. April 1822); 6) das Oberconsistorium, dem, wie sich dasselbe einsetzende Edict vom 15. Juni 1832 über die Organisation der Behörden für die evangelischen Kirchenangelegenheiten ausdrückt, die Verwaltung der landesherrlichen Rechte in den die evangelische Kirche betreffenden Angelegenheiten und die Ausübung der evangelisch-kirchlichen Gewalt übertragen ist[111]); 7) der Oberstudienrath[112]) dessen Bestimmung (Art. 5 der Verordnung vom 6. Juni 1832 wegen Errichtung dieser Behörde) im allgemeinen ist: Aufsicht und Leitung des gesammten gelehrten Schulwesens, innerhalb der bezeichneten Grenzen; 8) der Oberschulrath, der (Edict vom 6. Juni 1812, das Volksschulwesen überhaupt und insbesondere die Organisation der Behörden zur Leitung der Schulangelegenheiten betreffend) berufen ist, die Aufsicht über die sämmtlichen öffentlichen und Privatelementarschulen zu führen; 9) das Medicinalcollegium, welches (Edict vom 6. Juni 1832, wegen Organisation der Medicinalbehörden) zunächst die berathende und begutachtende Behörde bildet, deren sich das Ministerium des Innern und der Justiz in Medicinalangelegenheiten[113]) zu bedienen hat, das menschen- und thierheilkundige Personen prüft, die Apotheken visitiren läßt und der Rechtspflege dient, indem zu seinem Geschäftskreise auch gehört: a) die Abfassung und Erstattung ärztlicher Responsen und Prüfung ärztlicher Gutachten, wenn es von einer Gerichtsbehörde (oder auch von Privatpersonen in außergerichtlichen Fällen) darum ersucht wird, b) die Prüfung und Beurtheilung gerichtlich ärztlicher Inspections- und Sectionsberichte mit dem hierauf gestützten Gutachten, wenn über das Materielle derselben oder das indicium medicum bei den Gerichtshöfen Zweifel entstanden sind und von diesen der Recurs an das Medicinalcollegium genommen wird; 10) das Oberappellations- und Cassationsgericht[114]), welches in ersterer Bezeichnung das Gericht dritter und letzter Instanz für die beiden Provinzen diesseits des Rheines, in letzterer Beziehung für die Provinz Rheinhessen den Wirkungskreis hat,

110) Beck, das hessische Staatsrecht, neuntes Buch: Vom Forstwesen. Erster Band: Von der Forstorganisation und dem Forstdienste im allgemeinen (Darmstadt 1834), S. 224—253.

111) Die kirchlichen Angelegenheiten der Katholiken (welche ungefähr ⅓ der Gesammtbevölkerung betragen) werden von dem dem Bischofe von Mainz untergeordneten Ordinariate verwaltet.

112) Vgl. überh. v. Linde, Uebersicht des gesammten Unterrichtswesens im Großherzogthume Hessen seit dem Jahre 1829. Gießen 1839.

113) Vgl. überh. v. Ritgen, das Medicinalwesen des Großherzogthums Hessen in seinen gesetzlichen Bestimmungen dargestellt (Darmstadt 1840, 1842), 2 Bände. Bopp, die herrschende Gesetzgebung des Großherzogthums Hessen über die gerichtliche Medicin. Mit einer historischen Einleitung. (S. 306—340, 362—378 des 5. Bandes des Jahrb. der Staatsarzneikunde, herausgegeben von Wildberg. Leipzig 1839.)

114) S. überh. Kratsch, tabellarische Uebersicht des Justizorganismus der sämmtlichen teutschen Bundesstaaten (Leipzig 1836), unter: Großherzogthum Hessen.

welcher nach der französischen Gerichtsverfassung dem Cassationshofe eingeräumt ist; 11) der Administrativjustizhof, dessen schon oben gedacht und dessen Wirksamkeit durch ein Edict vom 5. Februar 1835, wegen Organisation der Regierungsbehörden in der Provinz Rheinhessen, auf diesen Landestheil ausgedehnt ward; 12) die Hauptstaatscasse, welche berufen ist, die sämmtlichen Staatseinkünfte nach der den Specialrecepturverwaltungen gegebenen Organisation aufzunehmen und zu vereinnahmen, daraus die Staatsausgaben zu bestreiten und Einnahme und Ausgabe centralisirt zu berechnen.

Provinzialbehörden sind 1) die Provinzialcommissäre (die Kreisräthe des Bezirkes, den die Provinzialhauptstadt umfaßt), die neben ihren Functionen als Kreisräthe noch besondere Geschäfte, besonders solche, die provinzieller Natur sind, haben, z. B. Aufsicht über Provinzialgefängnisse, Verwaltung des Fondes der Provinzialcriminalcassen (für die Bezirke, in denen die Landräthe noch bestehen, für die standesherrlichen, haben die Provinzialcommissäre die Attributionen der Regierungen); 2) das Obergericht in Mainz als Gerichtshof zweiter Instanz für Rheinhessen; 3) das Handelsgericht in Mainz für Rheinhessen; 4) die Hofgerichte in den beiden Provinzen diesseits des Rheines als Gerichte zweiter Instanz für die Amtssässigen, und erster Instanz für die Schriftsässigen[115]; 5) die peinlichen Gerichte, welche der Leitung dieser Gerichtshöfe untergeben sind[116].

Bezirksbehörden sind 1) die Kreisräthe, welche die Verwaltungsbeamten sind; 2) die Rentamtmänner für die Verwaltung der Domänen; 3) die Obereinnehmer für die Steuerverwaltung; 4) in den beiden Provinzen diesseits des Rheines die Stadt- und Landgerichte, welche zugleich die freiwillige Gerichtsbarkeit ausüben[117], in der Provinz Rheinhessen; 5) die beiden Kreisgerichte in Mainz und Alzey; 6) die Notare, welchen die freiwillige Gerichtsbarkeit zusteht, und 7) die Friedensrichter, welche neben ihrem eigentlichen Berufe als solche auch eine beschränkte Gerichtsbarkeit haben[118].

---

115) Bopp, hess. Rechtsfr. s. v. Schriftsässigkeit S. 629—631.

116) Das durch das Militärstrafgesetzbuch organisirte Oberkriegsgericht (welches auch für Hessen-Homburg constituirt ist) ist permanentes Gericht letzter Instanz für das Rechtsmittel der Revision und Berufung, auch Cassationsgericht, wenn es entweder in der Sache selbst ein neues Erkenntniß erläßt, oder das kriegsgerichtliche Erkenntniß aufhebt. Das Unterkriegsgericht ist entweder untersuchende oder erkennende Behörde.

117) Die wichtigste Norm ist hier das Contractenreglement vom Jahre 1770. Sammlung der wichtigsten bis zum Jahre 1800 in Beziehung auf Civilrecht, Criminalrecht, Justizverwaltung erlassenen hessischen Verordnungen u. s. w. (Darmstadt 1837), S. 56—64. Instruction für Vormünder und Curatores Minderjähriger u. s. w. Auf Verfügung des Extrajudicialsenates großh. hessischen Hofgerichtes der Provinz Starkenburg gedruckt. Darmstadt 1838.

118) Durch Gesetz vom 1. September 1835 (v. Linde a. a. O. S. 320) wurde die Summe von 100 Francs, auf welche die Competenz der Friedensrichter in rein persönlichen und Mobiliarklagen beschränkt war, auf 140 Gulden erhöht. S. überh. Henrion de Parsey, über das Institut der Friedensrichter, insbesondere über ihre Competenz und ihre Amtsverhältnisse zu den übrigen gerichtlichen und Verwaltungsbehörden. Uebersetzt und mit erläuternden

Seit dem Jahre 1819 wird ein Regierungsblatt herausgegeben, welches namentlich zur Verkündigung der Gesetze und Verordnungen, aber auch zu sonstigen officiellen Bekanntmachungen dient. So macht es z. B. auch die rechtskräftig gewordenen Straferkenntnisse durch Benennung der Schuldigen und des Vergehens oder Verbrechens und Angabe der Strafart und des Strafgrades bekannt. Dazu: Alphabetisches Repertorium über den Inhalt des großherzoglich hessischen Regierungsblattes von 1819—1839. Darmstadt 1840. Archiv der großherzoglich hessischen Gesetze und Verordnungen (Darmstadt 1834—1839), 7 Bände.

Vgl. noch im allgemeinen den Art. Hessen (Großherzogthum) S. 704—739 des 7. Bandes des Staatslexikons, herausgegeben von Rotteck und Welcker. Alt. 1839. Bopp.

Hessen-Homburg [1]). Durch die bayerische Fehde [2]) kam im Jahre 1504 (in demselben Jahre, in dem Philipp der Großmüthige geboren ward) Stadt und Amt Homburg vor der Höhe als pfälzisches Lehen an Hessen [3]). Als Landgraf Philipp seine Lande unter seine vier Söhne theilte, nahm er einzelne Landesbezirke von dieser Theilung aus, indem er damit seine mit der Margaretha von der Saale erzeugten Nebensöhne, die Grafen von Dietz [4]), dotirte. Zu diesen Dotationen gehörte auch das Amt Homburg vor der Höhe, welches nach dem Aussterben dieser Grafen an die von dem jüngsten Sohne Philipp's, dem Landgrafen Georg I. gestiftete Linie Hessen-Darmstadt (s. oben Hessen-Darmstadt, Großherzogthum) zurückfiel. Der älteste Sohn und Nachfolger Georg's I., Ludwig V. (der Getreue), führte im Jahre 1606 die zwei Jahre später von dem Kaiser Rudolph II. bestätigte Primogenitur ein, nachdem er schon im Jahre 1602 mit seinem Bruder Friedrich zu dessen Abfindung eine Uebereinkunft [5]) getroffen hatte, wornach er demselben, außer einem Deputate in baarem Gelde, Stadt und Amt Homburg, mit Vorbehalt bestimmter oberhoheitlicher Rechte (über deren Umfang und Bedeutung später viele Dissidien [6]) sich erhoben), abtrat. Dieser Landgraf Friedrich ist der Stifter der noch blühenden Nebenlinie Hessen-

---

berichtigenden und ergänzenden Anmerkungen u. s. w. versehen von L. Hofmann (Zweibrücken 1834), und die Anzeige dieser Schrift S. 296—298 des 24. Bandes der Schunck'schen Jahrb. Neust. 1834.

1) Vgl. bes. Staatslexikon, herausgegeben von Rotteck und Welcker, Bd. 7, S. 739, 740: Hessen-Homburg.

2) Pütter, Handbuch der teutschen Reichshistorie, 2. Ausg. (Gött. 1772), S. 470, 471. Schmidt, Geschichte der Teutschen Th. 4, Cap. 31, S. 372 flg.

3) Dieffenbach, Geschichte von Hessen, mit besonderer Berücksichtigung des Großherzogthums (Darmst. 1831), S. 119.

4) Dieffenbach a. a. O. S. 145.

5) Abgedruckt bei Estor, elementa iuris publici hassiaci. (Francof. 1752.) p. 194—206.

6) Estor l. c. p. 206 sq. Litterarisches Handbuch für Geschichte und Landeskunde von Hessen im allgemeinen und dem Großherzogthume Hessen insbesondere, von P. A. F. Walther (Darmst. 1841), S. 114—120, wo die Streitschriften aufgezählt sind.

Homburg[7]), die reformirter Confession ist, während die Hauptlinie lutherisch. Im Jahre 1626 wurde auch in dieser Nebenlinie die Primogenitur eingeführt. Durch einen im Jahre 1768 abgeschlossenen und vom Kaiser bestätigten Vergleich, in dessen Folge Hessen-Darmstadt auf die Bestellung eines Reservatamtmannes und die Huldigung verzichtete, wurden dem Hause Hessen-Homburg, welches jedoch nicht Sitz und Stimme im Reichsfürstencollegium gewann, alle Hoheitsrechte eingeräumt, und im §. 7 des Reichsdeputationshauptschlusses v. J. 1803 wurde bestimmt, daß der Landgraf von Hessen-Darmstadt die Deputatgelder des Landgrafen von Hessen-Homburg wenigstens um den vierten Theil zu vermehren habe[8]).

Die Rheinbundesacte unterwarf die nun einen Bestandtheil der Provinz Oberhessen bildende[9]) Landgrafschaft Hessen-Homburg der Souveränetät des nunmehrigen Großherzogs von Hessen, also der Hauptlinie. So ward der Landgraf (Schwager des Großherzogs) Standesherr des Großherzogthums und die Declaration vom 1. August 1807[10]), über die staatsrechtlichen Verhältnisse des Großherzogthums, wies ihm seine Stellung an. Durch den Art. 48 der Schlußacte des Wiener Congresses wurde Hessen-Homburg, welches die ihm gehörende Hälfte des Dorfes Peterweil abtrat, von dieser Oberhoheit befreit[11]), während der folgende Artikel dem so souverän gewordenen Fürsten (Friedrich V.), der den Titel: Souveräner Landgraf von Hessen annahm, eine Vergrößerung seiner Lande zuwendete; er erhielt von dem ehemaligen französischen Saardepartement einen, ehedem theils zu Pfalz-Zweibrücken (Grafschaft Valdenz), theils zu Baden, theils zu den fürstlich Salm-Kyrburgischen und reichsritterschaftlichen Besitzungen gehörenden Bezirk mit 10,400 Seelen[12]) (Fürstenthum, auch Oberamt Meisenheim). Im Jahre 1817 wurde die so vergrößerte Landgrafschaft, zu welcher auch noch drei in Preußen (im Halberstädtischen) gelegene Patrimonialämter: Hötensleben, Ebersfeld und Winningen gehören, in die Reihe der teutschen Bundesstaaten, der Landgraf in die Genossenschaft der Mitglieder

---

7) Dieffenbach a. a. O. S. 228—236: Hessen-Homburg, jüngere Linie von Hessen-Darmstadt. Weiß, System des Verfassungsrechtes des Großherzogthums Hessen (Darmst. 1837), S. 37.

8) Oertel, die Staatsgrundgesetze des teutschen Bundes (Leipzig 1841), S. 585.

9) Winkopp, der rheinische Bund Bd. 3 (Frankf. 1807), S. 237—241: Statistische Nachrichten von dem großh. hess. Oberfürstenthum Hessen.

10) Zeitschrift Germanien, herausgegeben von Crome und Jaup, Bd. 1 (Gieß. 1808), S. 33 flg.

11) Klüber, öffentliches Recht des teutschen Bundes und der Bundesstaaten, 4. Aufl. (Frankf. 1840), §. 107, 108, Note g, §. 301, Note f. Weiß a. a. O. S. 55. Zöpfl, Grundsätze des allgemeinen und constitutionell-monarchischen Staatsrechtes (Heidelb. 1841), S. 263. Von der Nahmer, Handbuch des rheinischen Particularrechtes Bd. 3 (Frankf. 1832), S. 74, 453.

12) Von der Nahmer a. a. O. S. 453—456, 829, 830.

des teutschen Bundes aufgenommen[13]). Als im Jahre 1820 der Ministercongreß versammelt war, sprach Oesterreich, in dessen Militärdienst mehrere Prinzen des Hauses Hessen-Homburg stehen, den Wunsch aus, daß die Bundesversammlung für diesen Bundesstaat, welcher zwar in das Plenum, aber noch in keine Curie aufgenommen sei, baldigst eine angemessene Entscheidung ergehen lassen möge[14]). Dazu ist es, nachdem die Bundesversammlung diese Angelegenheit in der Sitzung vom 27. Juli 1820 unter ihre Agenda aufgenommen, durch Beschlußnahme vom 17. Mai 1838, nach welcher Hessen-Homburg im engeren Rathe in der XVI. Stimme votirt[15]), gekommen. Diese Landgrafschaft hat nach der Bundesmatrikel v. J. 1818 den Rang unmittelbar vor den vier freien Städten.

Hessen-Homburg gehört zu den Staaten des teutschen Bundes, für welche bis jetzt dem Art. 13 der Bundesacte kein Genüge geschehen ist; es besitzt noch keine landständische Verfassung[16]). Vor einiger Zeit erklärte der jetzige, am 13. März 1779 geborene Landgraf Philipp, der österreichischer Generalfeldzeugmeister und Gouverneur der Bundesfestung Mainz ist, am 19. Januar 1839 seinem kinderlosen Bruder Ludwig, der das Schulwesen hob, eine umfassende Wittwen- und Waisenversorgungsanstalt und eine allgemeine Sparcasse errichtete, das Armenversorgungswesen verbesserte u. s. w., folgte und seinen im Jahre 1781 geborenen Bruder Gustav, auf dessen einzigem, im Jahre 1830 geborenem Sohne Friedrich die Erhaltung des Stammes ruht, zum Nachfolger hat, der vor ihm erschienenen Deputation der Bürger seiner Hauptstadt seine Absicht, eine ständische Verfassung einzuführen, ein Versprechen, welches bis jetzt nicht erfüllt ward.

Die Landgrafschaft, welche zum Bundesheere 200 zur Reservedivision gehörende Mann zu stellen hat, besteht aus zwei geographisch getrennten Theilen, der Herrschaft Homburg vor der Höhe[17]) am östlichen Abhange des Taunusgebirges (zwischen dem Herzogthume Nassau und der großherzoglich hessischen Provinz Oberhessen) und dem Fürstenthume Meisenheim an der Nahe (zwischen Rheinpreußen, Rheinbayern und dem oldenburgischen Fürstenthume Birkenfeld). Beide Lande sind zusammen fast acht Quadratmeilen groß und hatten im Jahre 1835 gegen 23,000 Einwohner. Die Haupt- und Residenzstadt Homburg vor der Höhe, welche seit einigen Jahren durch ihre Heilquellen sehr in Aufnahme ist, aber auch leider wegen des gestatteten Hazardspieles mehr besucht wird, hat gegen 3700 Einwohner. Außerdem umfaßt die Landgrafschaft (innerhalb deren erst seit einigen Jahren eine Buchdruckerei besteht, und zwar in der Hauptstadt Homburg) noch zwei Städte, einen Marktflecken, 31

---

13) Klüber a. a. O. (§. 108, Note g.).
14) Klüber a. a. O. (§. 108, Note g.).
15) Zöpfl a. a. O. S. 275, Note.
16) Klüber a. a. O. §. 288.
17) Winkopp, der rheinische Bund Bd. 5 (Frankf. 1808), S. 448—457: Anzahl der Häuser und Seelen in den zu dem Oberfürstenthume Hessen gekommenen mediatisirten Ländern.

Dörfer und 27 Weiler[18]). Von den Bewohnern sind gegen 14,000 reformirt, 6000 lutherisch und 3000 katholisch, mit Ausnahme von 150 Juden. Das Postwesen ist seit 1817 dem Fürsten von Thurn und Taxis überlassen. Das jährliche Einkommen beträgt gegen 180,000, die Staatsschuld gegen 450,000 Gulden.

Ungeachtet der Lostrennung der Landgrafschaft von dem von der älteren Linie beherrschten Großherzogthume Hessen bestehen noch Beziehungen. So bezieht der Landgraf aus der großherzoglichen Staatscasse noch ein Deputat von jährlich 25,000 Gulden. Unterm 3. December 1818 wurde ein Staatsvertrag wegen Beförderung der gerichtlichen Insinuationen[19]), und unterm 10. April 1837 eine Uebereinkunft abgeschlossen wegen Verhütung und Bestrafung sowohl der Jagd-, Forst- und Fischerei-, als auch der Feld- und solcher Frevel, welche an Weiden- und anderen Baumpflanzungen außer den Forsten, so wie an Wasserbauanlagen begangen werden[20]). Schon im Jahre 1830 war der Landgraf hinsichtlich des Fürstenthums Meisenheim dem preußisch-teutschen Zollvereine beigetreten[21]), und unterm 20. Februar 1835 wurde zu Berlin ein vom 1. Januar 1836 an wirksamer und, weil er auf 6 Jahre beschränkt war, durch Uebereinkunft vom October 1842 bis zum letzten December 1853 erneuerter[22]) Vertrag zwischen dem Großherzoge und dem Landgrafen von Hessen, den Beitritt des Letzteren mit dem Amte Homburg zu dem Zollsysteme des Großherzogthums Hessen und der übrigen Staaten des Zollvereines betreffend, abgeschlossen[23]), in dessen Art. 1 es heißt: Seine Durchlaucht der souveräne Landgraf treten, unbeschadet Ihrer landesherrlichen Hoheitsrechte, mit ihrem Amte Homburg dem Zollsysteme des Großherzogthums Hessen und damit dem Zollsysteme der übrigen Staaten des großen Zollvereines bei; während der Art. 3 bestimmt: Die Zollbeamten im Amte Homburg sollen von den großherzoglich hessischen oberen Verwaltungsbehörden ernannt und für beide Landesherren von dem landgräflichen Justizamte zu Homburg verpflichtet werden. Bei der Ernennung der Zollbeamten werden die großherz. hess. Behörden besonders auf solche Subjecte Rücksicht nehmen, welche von der landgräflichen Regierung namhaft gemacht und bei der von ihnen veranlaßten Prüfung tüchtig befunden worden sind. Die auf diese Weise angestellten Beamten werden gleich den ausschließlich großherz. hess. Zollbeamten derselben Kategorie besoldet, die Aufsichtsbeamten auch uniformirt und bewaffnet. Die Beamten beziehen ihren Gehalt aus den großherz. hess. Cassen und stehen in allen Dienstangelegenheiten, insbesondere auch

18) Hoffmann, Teutschland und seine Bewohner Th. 3 (Stuttg. 1835), S. 257.

19) Bopp, Nachträge zur hessen-darmstädtischen Civilprozeßordnung u. s. w. (Darmst. 1839), S. 465.

20) Großherz. hess. Regierungsbl. v. 1837 Nr. 25, S. 263—265.

21) Großherz. hess. Regierungsbl. v. 1830 Nr. 37, S. 197—201.

22) Großherz. hess. Regierungsbl. v. 1842 Nr. 4, S. 42—44.

23) Großherz. hess. Regierungsbl. v. 1835 Nr. 46, S. 487—490. Der Vertrag zerfällt in 12 Artikel.

Absicht der ganzen Disciplin, unter den großherz. hess. Oberbeamten, elche die Leitung des Zolldienstes besorgen. In allen Privat- und ürgerlichen Angelegenheiten, ferner bei allen sogenannten gemeinen Ver- ehen, ingleichen bei allen Dienstvergehen, wegen welcher gegen aus- hließlich großherz. hess. Beamten derselben Kategorie eine förmliche erichtliche Untersuchung nöthig werden würde, sind die Zollbeamten im mte Homburg den landgräflichen Gerichten unterworfen. Doch steht m Falle solcher gerichtlichen Untersuchungen den großherz. hess. oberen Verwaltungsbehörden das Recht zu, jene Zollbeamten von Dienst und Gehalt zu suspendiren; der Art. 4 fügt hinzu: Zur Untersuchung und Bestrafung der von landgräflichen Unterthanen oder von Fremden im mte Homburg verübten Zollvergehen, welche zur gerichtlichen Entschei- ung gelangen, bildet das landgräflich hessische Justizamt zu Homburg ie erste und landgräfliche Regierung erste Deputation die zweite Instanz. Die gegen Erkenntnisse der zweiten Instanz im Großherzogthume Hessen gesetzlich zulässigen Rechtsmittel[24]) sollen auch im Amte Homburg gegen olche Erkenntnisse zulässig sein. Die Verhandlung derselben wird bei der landgräflichen Regierung erste Deputation stattfinden, die Entschei- dung aber von den noch näher zu bezeichnenden großherz. hess. Gerichten ertheilt werden; und im Art. 7 heißt es noch: Alle in Folge überwie- sener Zollvergehen in dem Amte Homburg angefallenen Geldstrafen und Confiscate verbleiben, nach Abzug des Denunciantenantheiles, dem landgräflichen Fiscus und bilden keinen Theil der gemeinschaftlichen Ein- nahme. Die Ausübung des Begnadigungs- und Strafverwandlungs- rechtes über die von den landgräflichen Gerichten verurtheilten Personen ist Sr. hochfürstlichen Durchlaucht überlassen. Der Straferlaß kann jedoch nicht auf den Denunciantenantheil ausgedehnt werden.

Im Anfange des Jahres 1839 trat Hessen-Homburg der am 25. August 1837 zu München abgeschlossenen Münzconvention der südteutschen Staaten des Zollvereines und der am 30. Juli 1838 zu Dresden abgeschlossenen allgemeinen Münzconvention der zum Zoll- und Handelsvereine verbundenen Staaten bei[25]).

Das Fürstenthum Meisenheim, in welchem die französische Rechts- gesetzgebung herrscht, hat einen Justizbeamten, welcher in Civil- und Strafsachen Richter erster Instanz ist, und einen Verwaltungsbeamten (Landrath); gleiches gilt von der Herrschaft Homburg, in welcher das gemeine teutsche Recht die Grundlage der Rechtsgesetzgebung ist. Die Regierung in Homburg, eine collegialisch organisirte Mittelbehörde, zer- fällt in drei Deputationen, für die Justiz, die Verwaltung und die Finanzen. Als Gerichtshof ist sie die zweite Instanz für beide Landes- theile.

Was den Civilprozeß betrifft, so gilt im Fürstenthume Mei- senheim die französische bürgerliche Gerichtsordnung, mit den Modifica- tionen, welche von den so kleinen Verhältnissen und von Einzeln-

---

24) S. oben Hessen-Darmstadt, Großherzogthum.
25) Großherz. hess. Regierungsbl. v. 1839 Nr. 4, S. 33, N. 13, S. 113.

gesetzen[26]) dictirt erscheinen, in der Herrschaft Homburg die hessen-darmstädtische Civilprozeßordnung v. J. 1724 mit den übrigen Prozeßgesetzen des Großherzogthums Hessen, welche auf Hessen-Homburg ausgedehnt wurden, als es im Jahre 1806 mediatisirt ward, und bis zu dem Zeitpunkte erlassen wurden, da der Landgraf Souverän ward[27], so wie eine Anzahl später erlassener[28]), gewöhnlich aus der neueren Legislation des Großherzogthums geschöpfter Gesetze (z. B. Gesetz vom Jahre 1835, über Recusation der Richter). Subsidiär gilt das gemeine teutsche Prozeßrecht.

Der Strafprozeß hat in dem Fürstenthume Meisenheim seine aus gleichem Grunde verschobene Grundlage in der französischen Criminalordnung, in der Herrschaft Homburg seine nächste Norm in der hessen-darmstädtischen peinlichen Gerichtsordnung v. J. 1726 und den Einzelngesetzen, welche in Folge der Mediatisirung zur Herrschaft kamen[29]), so wie in den seit der Erlangung der Souveränetät erlassenen Verordnungen. Subsidiär kommt der gemeine teutsche Strafprozeß in Anwendung.

Die Civilgesetzgebung bildet in dem Fürstenthume Meisenheim das französische bürgerliche Gesetzbuch mit einigen neueren allgemeinen Verordnungen (z. B. Verordnung von 1833, über das Schuldenmachen der landgräflichen Diener und Pensionäre, und Vormünderinstruction v. J. 1838), in der Herrschaft Homburg das gemeine bürgerliche Recht, in so weit es nicht durch das dort geltende solmsische Landrecht abgeändert und modificirt ist, und eine Reihe von, zum Theil aus der Zeit der Mediatisirung herrührenden Gesetzen.

Grundlage der Strafgesetzgebung ist im Fürstenthume Meisenheim das französische Criminalgesetzbuch, in der Herrschaft Homburg das gemeine teutsche Criminalrecht, besonders die peinliche Gerichtsordnung Karl's V. Außerdem gelten außer einem im Jahre 1837 erlassenen Forststrafgesetze, dem eine im Jahre 1835 publicirte Forstverwaltungsordnung zur Grundlage dient, Einzelngesetze, gleichfalls zum Theil aus der Zeit der standesherrlichen Unterordnung. Während die hessen-homburgische Regierung die Absicht hat, das Strafgesetzbuch des Großherzogthums zu adoptiren, hat sie bereits vor längerer Zeit das Militärstrafgesetzbuch dieses Staates recipirt, indem sie zugleich mit demselben einen Staatsvertrag abschloß, wornach das in Darmstadt nieder-

26) So wurde z. B. im Jahre 1838 ein der Gesetzgebung für Rheinpreußen, Rheinbayern und Rheinhessen nachgebildetes Gesetz über das Verfahren bei Subhastationen und ein Gesetz über das Verfahren bei gerichtlichen Ab- und Resignationen erlassen.

27) S. oben Hessen-Darmstadt, Großherzogthum.

28) Von den vor der Mediatisirung erlassenen Prozeßgesetzen ist besonders bemerkenswerth eine Hauptjustizverordnung vom 7. December 1801, über die Nothwendigkeit der Unterzeichnung der Prozeßschriften durch Anwälte, deren Legitimation, das Armenrecht, das Rechtsmittel und die Rechtswohlthat der Restitution u. s. w.

29) S. oben Hessen-Darmstadt, Großherzogthum.

gesetzte Oberkriegsgericht zugleich als Gericht zweiter Instanz für die Landgrafschaft bestellt wurde. Durch einen weiteren Staatsvertrag hat Hessen-Homburg zur Ersparung der Kosten besonderer Strafanstalten Antheil an diesen Anstalten des Großherzogthums: Zuchthaus zu Marienschloß, Correctionshaus in Darmstadt, Festung Babenhausen u. s. w.

An der Spitze der Staatsverwaltung steht ein Minister (Geheimerath), an welchen in Verwaltungssachen der Recurs geht und der für das Fürstenthum Meisenheim die Functionen des Cassationshofes in sich vereinigt.

Oberstes Gericht ist eine andere Deputation der Regierung, als die, welche als Deputation für die Justiz gesprochen hatte [30]). Die Angabe bei Kratzsch, tabellarische Uebersicht des Justizorganismus der sämmtlichen teutschen Bundesstaaten (Leipzig 1836), S. 62: oberster Gerichtshof für Hessen-Homburg sei das großherz. hess. Oberappellationsgericht zu Darmstadt, ist unrichtig, gleich der weiteren Angabe, als bestehe eine Justizcanzlei zu Meisenheim für die Herrschaft Meisenheim. Hessen-Homburg hat nur ein Obergericht, die Regierung in Homburg.

Bopp.

Hoheitsrechte (regalia im weiteren Sinne) oder Souveränetätsrechte, sind im allgemeinen jene Befugnisse, deren Ausübung in einem Staate dem Inhaber der Staatsgewalt verfassungsmäßig hinsichtlich der Regierung und Verwaltung des Staates zusteht. Ob sie der Staatsherrscher nach der Verfassung persönlich oder durch besondere Organe (Staatsbeamte) auszuüben hat, ist für den Begriff gleichgiltig. — Die Hoheitsrechte in ihrer Totalität aufgefaßt, sind mit der Staatsgewalt selbst identisch, oder umgekehrt, die Staatsgewalt erscheint in der Hand des Souveräns als der Inbegriff sämmtlicher Hoheitsrechte. Aus diesem gegenseitigen Verhältnisse der Staatsgewalt und der Hoheitsrechte ergibt sich von selbst, daß die einzelnen Hoheitsrechte ihrem Wesen nach nichts anderes sein können, als nur Aeußerungen der Staatsgewalt, als des seinem Begriffe nach einen, höchsten und untheilbaren Herrscherrechtes, theils in verschiedenen Weisen (Formen), theils in verschiedenen Beziehungen (Objecten), wie diese durch die Mannigfaltigkeit der Erscheinungen des Volks- und Staatslebens natürlich und nothwendig bedingt sind. So wie der Begriff der Staatsgewalt an sich in der Idee des Staates wurzelt, und durch diese sein Inhalt im wesentlichen bestimmt wird, in der historischen Erscheinung aber die Idee des Staates allenthalben nur particularisirt und durch tellurische Elemente getragen und modificirt hervortreten kann, so wurzeln auch die einzelnen Hoheitsrechte, welche die Staatsgewalt umfaßt, theils unmittelbar in dem Begriffe des Staates und des Staatsherrschers, theils beruhen sie auf besonderen, historischen und eben darum an sich — (im Vergleiche mit der philosophischen Idee) — zu-

30) Vor der Mediatisirung bestand ein förmliches Oberappellationsgericht, das aus drei, meistens außerhalb wohnenden und noch in anderen Aemtern stehenden Rechtsgelehrten, die durch Correspondenz sich benahmen, zusammengesetzt war.

fälligen Titeln, d. h. der Umfang der Staatsgewalt, seinem Wesen nach (philosophisch) absolut bestimmbar und bestimmt, ist in den positiven Staaten (historisch) mannigfacher Erweiterungen fähig. Durch diese Erwägung ergibt sich von selbst die oberste Eintheilung der Hoheitsrechte in wesentliche Hoheitsrechte (sogen. regalia essentialia, immanentia s. maiora) und in außerwesentliche oder zufällige Hoheitsrechte (sogen. regalia non essentialia, accidentalia s. minora). Die ersteren sind also solche Befugnisse des Souveräns, welche ihm schon vermöge des Begriffes als Staatsherrscher in Bezug auf den Staat zukommen, welche daher auch schon im Begriffe der Staatsgewalt selbst *liegen*, und daher nur als logische Entwickelungen dieses Begriffes *erscheinen*. Hieraus ergibt sich auch zugleich, warum der Umfang der *Staatsgewalt*, welchen sie ihrem Wesen nach hat, und wie er sich als *Object der philosophischen* Kenntniß darstellt, auch in ihrer historischen *Erscheinung (in den einzelnen Staaten)* keiner Beschränkung fähig ist: denn wo eine *solche*, das Wesen der Staatsgewalt — (die wesentlichen Hoheitsrechte) — mehr oder minder an practischer Geltung verhindernde Beschränkung wirklich vorhanden wäre, da wäre eben darum eine Staatsgewalt in practischer Geltung überhaupt nicht vorhanden, und ein socialer Zustand, in welchem eine solchergestalt in ihrem Wesen beschränkte, d. h. unvollständige Staatsgewalt — (was eine contradictio in adiecto ist) — wirklich vorhanden wäre, würde eben darum nicht auf die Bezeichnung als Staat Anspruch machen können, so wenig als in diesem Falle die in ihm bestehende Gewalt als Staatsgewalt bezeichnet werden dürfte. — Außerwesentliche Hoheitsrechte sind aber im Gegensatze hiervon jene Befugnisse des Staatsherrschers, welche in einem concreten Staate historische Anerkennung als mit der Staatsgewalt verbundene und also der Staatsregierung ausschließlich im Gegensatze zu den Unterthanen zustehende Rechte erlangt haben, obgleich sie an sich nicht in dem Begriffe und Wesen der Staatsgewalt gegründet sind. Der Grund, aus welchem eine solche Erweiterung des ursprünglichen (philosophischen) Begriffes der Hoheitsrechte in den einzelnen Staaten stattgefunden hat, ist regelmäßig die Rücksicht auf den materiellen Nutzen gewesen, welchen gewisse Rechte der Staatsregierung oder dem Staatsherrscher für die Bestreitung ihrer Bedürfnisse gewähren, und daher erklärt sich auch die gewöhnliche Bezeichnung der außerwesentlichen Hoheitsrechte als nutzbare Hoheitsrechte (regalia utilia). Auch hat man in der neueren Zeit angefangen, das Wort Regalien schlechthin zur Bezeichnung dieser nutzbaren Hoheitsrechte zu gebrauchen (Regalien im engeren Sinne). — Der Charakter aller Hoheitsrechte beruht darin, daß sie Befugnisse der Thätigkeit und Ausübung der Staatsgewalt, also Befugnisse der Regierung und Verwaltung des Staates sind. Sie setzen daher ihrem Begriffe nach die Constitution der Staatsgewalt in einem Subjecte nothwendig voraus, und daher gehören auch die verfassungsrechtlichen Befugnisse, welche als persönliche Attribute des jeweiligen Souveräns erscheinen, und als solche lediglich Consequenzen der Innehabung der Staatsgewalt in subjectiver Beziehung sind, wie Unfehlbarkeit, Unverantwortlichkeit, Unverletzlichkeit

und die höchste äußere Würde oder Majestät des Staatsherrschers, nicht unter die Kategorie der Hoheitsrechte in der angegebenen Bedeutung, sondern stehen außerhalb derselben, wenn gleich in einem vollkommen coordinirten Verhältnisse. Vielleicht würde man nicht unzweckmäßig zum Ausdrucke des Gegensatzes und Unterschiedes der in der Staatsgewalt an sich liegenden Rechte (der Hoheitsrechte) und der durch ihre Innehabung für den jeweiligen Staatsherrscher begründeten persönlichen Attribute, diese letzteren als Kronrechte oder vorzugsweise als Majestätsrechte (iura maiestatica) bezeichnen. Dieser Gegensatz von Hoheitsrechten und Majestätsrechten, wie er hier dargestellt wird, ist kein Product einer willkürlichen theoretischen Unterscheidung, sondern er ist mit innerer Nothwendigkeit gegeben: er ist kein anderer, als der natürliche Gegensatz des Subjectiven und Objectiven. Die Majestätsrechte oder persönlichen Attribute des Souveräns sind immanente Prädicate seines Begriffes als herrschenden Subjectes. Sie sind mit diesem Begriffe gegeben, und folglich keine Thätigkeiten des regierenden Subjectes, sondern dessen Wesen und Sein. Man könnte daher der Theorie vielmehr mit größerem Rechte den Vorwurf machen, daß sie bisher meistens diesen Gegensatz der Hoheits- und Majestätsrechte nicht scharf genug bezeichnet und hervorgehoben hat. Die Realität dieses Gegensatzes zeigt sich aber am entschiedensten in der Praxis selbst. Die Majestätsrechte sind im öffentlichen Rechte für den Begriff des Souveräns gerade das, was die sogen. Urrechte, oder die Idee der Freiheit für den Begriff der Person oder des Rechtssubjectes im Privatrechte sind, d. h. sie sind Ideales (Wesen) und als solches subjective Qualificationen, und folglich (an sich) ohne Form. Man kann daher auch nicht sagen: der Souverän übt das Recht der Unverantwortlichkeit, der Unverletzlichkeit, der Majestät (als höchsten äußeren Ehre) u. s. w., sondern er ist unverantwortlich, er ist unverletzlich, er ist (oder hat) die Majestät u. s. w., während dagegen alle Hoheitsrechte ausgeübt werden, z. B. die Polizeihoheit, Justizhoheit u. dgl. Die Majestätsrechte in dem hier angegebenen Sinne sind daher die Vorbedingung der Ausübung der Hoheitsrechte: denn ohne die Voraussetzung eines Subjectes als Souverän, d. h. als bekleidet mit den Majestätsrechten, kann von keiner Ausübung der Staatsgewalt oder der Hoheitsrechte die Rede sein. Eben darum findet aber auch (umgekehrt) von Seite des Souveräns eine Berufung oder Bezugnahme auf seine Majestätsrechte, d. h. auf sich selbst in seiner Qualität als Staatsherrscher, als absoluten Grund seiner Regierungsberechtigung statt — nämlich eine Berufung auf seine eigene Unverantwortlichkeit, Inappellabilität u. s. w., wenn ein Act der Regierung oder Verwaltung, d. h. ein Act der Ausübung der Regierungsrechte angefochten werden will. — Bestimmt sich also hiernach der Charakter der Hoheitsrechte insgemein dahin, daß sie Thätigkeiten der Staatsregierung und Verwaltung sind, so ergibt sich ferner mit innerer Nothwendigkeit eine weitere zweifache Eintheilung der Hoheitsrechte. Man kann nämlich die Befugnisse der Staatsgewalt (ihre Thätigkeit) in zweierlei Beziehungen betrachten: entweder, mit Rücksicht und Unterscheidung der

verschiedenen Gegenstände (Materien), in Bezug auf welche die Staatsgewalt thätig zu sein hat, oder mit Rücksicht und Unterscheidung der Art und Weise, d. h. der Formen, in welchen sie ihre Thätigkeit äußert. Nach diesen beiden Rücksichten sind daher zwei Classen von Hoheitsrechten, materielle und formelle Hoheitsrechte, zu unterscheiden. Für erstere ist vorzugsweise die Bezeichnung als Hoheiten oder auch noch mitunter nach älterem Sprachgebrauche Regalien üblich, und wird in Verbindung mit der Bezeichnung der Gegenstände gebraucht, worauf sich die Thätigkeit der Staatsgewalt bezieht, z. B. Justizhoheit, Polizeihoheit, Privilegienhoheit, oder auch Privilegienregale u. s. w. — Ein Gegensatz und Unterschied in der Bedeutung von Hoheit und Regale tritt jedoch nach der Natur der Sache da hervor, wo eine Befugniß der Staatsgewalt als eine an sich zufällige und außerwesentliche, d. h. wie schon oben erwähnt wurde, als blos nutzbares Recht, erscheint. In diesem Falle wird nämlich die Bezeichnung als Regale nach dem neueren Sprachgebrauche vorzugsweise angewendet, um anzudeuten, daß ein Gegenstand, welcher seiner Natur nach dem Privatverkehre angehören würde, in einem gewissen Staate durch besondere Rechtstitel dem Besitze und der Verfügung der Privatpersonen entzogen und ausschließlich als Gegenstand der Staatsberechtigung erklärt ist, wie dieß z. B. durch die Bezeichnungen: Postregal, Jagdregal, Bergwerksregal u. dgl. ausgedrückt wird. Es wäre daher auch sehr zu wünschen, daß zur Vermeidung von Mißverständnissen dieser Sprachgebrauch allgemein anerkannt und festgestellt, und das Wort Regal nur noch allein von Staatsberechtigungen der eben beschriebenen Art gebraucht werden möchte. Wo aber in Bezug auf einen Gegenstand, welcher seiner Natur nach dem Privatverkehre angehört, die Befugniß der Staatsgewalt auf jenen Umfang beschränkt ist, welcher durch ihren Begriff, und somit durch die Idee des Staates selbst bedingt erscheint, und daher der Gegenstand selbst — (welcher allenfalls wohl hätte als Regale in dem obigen Sinne erklärt werden können und bier auch vielleicht in einem oder dem anderen Staate wirklich erklärt ist) — im Privatverkehre bleibt, so daß sich also die Befugniß der Staatsgewalt hinsichtlich seiner auf die Gesetzgebung und Gesetzvollstreckung mit Inbegriff der Beaufsichtigung des Privatverkehres beschränkt, da ist die Bezeichnung dieser (vergleichsweise zur eigentlichen Regalität beschränkten, aber ihrem Begriffe nach wesentlichen) Thätigkeit der Staatsgewalt als Hoheit im Gegensatze von Regale gebräuchlich, und auch bereits allgemein angenommen. Auf diese Weise erklärt sich somit der Gegensatz von Jagdhoheit, Forsthoheit und Bergwerkshoheit im Gegensatze von Jagd-, Forst- und Bergwerksregal u. A. — Die formellen Hoheitsrechte, d. h. die Arten und Weisen, wie die Staatsgewalt thätig ist, und beziehungsweise sein kann, und sein muß, werden aber im Gegensatze zu den materiellen Hoheitsrechten (den Hoheiten und Regalien) am zweckmäßigsten und besten als politische Gewalten (potestates, pouvoirs politiques) bezeichnet, da gerade das Wort Gewalt seiner Etymologie und allgemein anerkanntem Sinne nach die äußerlich erkennbar hervortretende (also formelle) Thätigkeit eines vermögenden,

, h. eines solchen Willens ausdrückt, welcher mit der erforderlichen Macht
usgerüstet ist, sich Anerkennung und Geltung zu verschaffen, wie auch
ie Staatsgewalt ihrem Begriffe zufolge ein solcher vermögender oder
nächtiger Wille ist. Der Mangel an scharfer logischer Unterscheidung
er materiellen Hoheitsrechte und politischen Gewalten, so wie der Mangel
iner consequenten Durchführung dieser Unterscheidung, wo sie wirklich
jemacht wurde, war es vornehmlich, wodurch in die Lehre von den Ho-
heitsrechten, und namentlich in die Aufzählung und Classification dersel-
ben eine ungemeine Verwirrung und außerordentliche Verschiedenheit der
Ansichten gekommen ist. Wirft man einen Blick auf die Dogmengeschichte
dieser Lehre, so wird man bemerken, daß die älteste wissenschaftliche Ein-
theilung und Aufzählung der Hoheitsrechte, wie sie sich bei Aristoteles
findet, und nach seinem Muster bis auf die Zeiten von Montesquieu
und von diesem selbst beibehalten worden ist — nämlich die Unterschei-
dung einer sogen. trias politica — der gesetzgebenden, richterlichen und
vollziehenden Gewalt — nur allein auf die formellen Hoheitsrechte Be-
zug hat, wogegen die materiellen Hoheitsrechte aber in diesem Systeme
gar keinen Platz gefunden haben, wie dieses nach dem vorherrschend for-
malen Charakter der Aristotelischen Philosophie nicht wohl anders sein
könnte. Die Unzulänglichkeit eines solchen rein formellen Systemes mußte
aber im Laufe der Zeit immer fühlbarer werden, je mehr und kräftiger
sich die Staatsgewalt, namentlich in der Form der Monarchie und Auto-
kratie in Europa entwickelte, und je größere Bedeutung der materielle
Umfang der Regierungsgewalt (insbesondere in Teutschland) dadurch er-
langte, daß nach und nach sehr viele, an sich dem Privatverkehr ange-
hörige Gegenstände als ausschließliche Berechtigungen der Krone, d. h.
für Regalien, erklärt wurden. Darum finden sich schon bei Montesquieu
und seinen Nachfolgern, vorzüglich aber in den Bearbeitungen des teut-
schen Staatsrechtes aus der Zeit der Reichsverbindung, ausführliche Dar-
stellungen über einzelne Arten der materiellen Hoheitsrechte, jedoch ohne
scharfe Trennung derselben von den formellen Hoheitsrechten oder politi-
schen Gewalten, und häufig mit denselben ungeeignet zusammengeworfen
und vermengt, so wie man z. B. nicht verstand, die Begriffe von Justiz-
hoheit und richterlicher Gewalt gehörig zu unterscheiden und in ihren
inneren Grundsätzen aufzufassen und darzustellen. Das System der Ho-
heitsrechte läßt sich aber naturgemäß mit voller logischer Consequenz ent-
wickeln, so wie man die wesentliche Unterscheidung von materiellen und
formellen Hoheitsrechten oder politischen Gewalten an die Spitze stellt.
Hinsichtlich der materiellen Hoheitsrechte ist einleuchtend, daß so viele
Hoheitsrechte unterschieden werden müssen, als es Gegenstände, d. h.
Verhältnisse im Staats- und Volksleben gibt, welche eine politische Be-
deutung haben. In Bezug auf diese Verhältnisse selbst lassen sich zwei
große Classen unterscheiden, nämlich I. Verhältnisse des inneren Staats-
lebens, resp. Verhältnisse zwischen der Staatsregierung und ihren Unter-
thanen, und II. Verhältnisse des äußeren Staatslebens, resp. Verhält-
nisse zwischen der Staatsregierung und auswärtigen Staaten. Hiernach
zerfallen die materiellen Hoheitsrechte naturgemäß in innere und äußere

Hoheitsrechte. **Beide** können — (wie nachher noch im Einzelnen gezei werden wird) — sowohl wesentliche als außerwesentliche Hoheitsrechte sein, je nachdem sie durch den Begriff und Zweck des Staates von selbst ge geben sind, oder je nachdem sie nur aus besonderen (historischen) Grün der in einem concreten Staate bestehenden Staatsgewalt im Verhältniß zu ihren Unterthanen oder zu anderen Staaten zukommen. — In Bez auf die **inneren** wesentlichen, d. h. als Consequenzen der Staatsidee erscheinenden Hoheitsrechte ergibt sich sodann ebenfalls naturgemäß und von selbst eine weitere Unterscheidung, nämlich die von **absolut** wesentlichen, und die von **relativ** wesentlichen Hoheitsrechten, je nachdem die politischen **Verhältnisse** und **Zustände**, auf welche sie sich beziehen, in keinem Staate fehlen können, oder nur historisch in einem bestimmten Staate vorkommen, wie z. B. die Lehnverbindung, oder in den christlichen Staaten die kirchlichen Verbindungen der Staatsbürger. Die **absolut** wesentlichen **inneren** Hoheitsrechte zerfallen sodann weiter in **primäre** (ursprüngliche) und in **secundäre** (abgeleitete), je nachdem sie mit dem Begriffe und Zwecke des Staates ohne Weiteres, d. h. **unmittelbar**, gegeben sind, oder nur **mittelbar**, d. h. durch Vermittelung der primären Hoheitsrechte als deren Consequenzen, in der Staatsidee wurzeln, und an sich als Mittel für die practische Ausübung der primären Hoheitsrechte erscheinen. Nach diesen leitenden Gesichtspunkten ergibt sich folgendes **System der materiellen** Hoheitsrechte.

I. **Innere Hoheitsrechte.**

A. **Absolut wesentliche**, und zwar

a) **primäre**, absolut wesentliche Hoheitsrechte.

1) Die **Territorial- oder Landeshoheit**, als Inbegriff der Befugnisse der Staatsgewalt über das **Staatsgebiet**. — So wenig jemals bezweifelt worden ist, noch bezweifelt werden kann, daß der Staatsgewalt politische Befugnisse über das Staatsgebiet (das Land) zustehen und zustehen müssen, da dieses die objective Basis — (der Träger) — des gesammten Staates ist, ohne welche der Staat eben so wenig, wie ohne ein Volk oder ohne einen Staatsherrscher gedacht werden kann, so hat man doch bisher regelmäßig unterlassen, dieser wesentlichen und unentbehrlichen Berechtigung der Staatsgewalt in den staatsrechtlichen Systemen einen Platz in der Reihe der Hoheitsrechte anzuweisen, was um so mehr Tadel verdient, als ihr naturgemäß der **erste** Platz gebührt: denn gerade in der Territorialhoheit liegt die corporative Persönlichkeit des Staates in der Erscheinung ausgeprägt, — sie ist das Recht seiner Individualität, d. h. der Scheidung von anderen Staaten und der Selbstständigkeit im Verhältnisse zu denselben. Aus dem oben gerügten Fehler entsprang aber unvermeidlich eine Verwirrung in dem Systeme des Staatsrechtes überhaupt, indem sodann die Lehre von dem Staatsgebiete und was damit zusammenhängt, ohne logischen Zusammenhang an einem anderen Orte untergebracht werden mußte. Hierdurch wurde überdieß das richtige Verständniß der practischen Wirksamkeit der Staatsgewalt im historischen Staate und die Einsicht in ihren rechtlichen Charakter erschwert, so wie endlich das Princip ihrer Geltung in concreto, nämlich als Ausfluß der

Innehabung des Territoriums (sogen. Territorialprincip) entweder übersehen oder unrichtig aufgefaßt und in den Hintergrund gestellt — und doch war die Wichtigkeit der Berechtigungen der Staatsgewalt über das Territorium, wovon die Berechtigungen über das Volk im practischen Staatsleben gleichsam nur die Consequenzen sind, in der älteren Zeit, und vor dem Aufkommen speculativer Systeme, bei der teutschen Nation so sehr allgemein anerkannt, und so sehr in das Volksleben und in die Volksanschauung eingedrungen, daß die Staatsregierung in den einzelnen teutschen Staaten selbst als Landeshoheit, der Staatsherrscher als Landesherr und die Staatsregierung als Landesregierung bezeichnet wurde, wie dieß sogar noch heutzutage üblich ist. Schon der Sachsenspiegel III. 64. §. 5. stellte — mit vollkommen practischer Auffassung der Regierung als eines Ausflusses des Territorialbesitzrechtes — (welches aber als ein politisches Recht nicht mit einem privatrechtlichen Eigenthumsbesitzrechte zu verwechseln ist) — den Grundsatz auf: der König kann den Bann (die Regierungsgewalt, iurisdictio) dem nicht weigern, dem das Gericht gelegen ist, d. h. der Landesherr ist. Es möchte daher kaum als zweifelhaft erscheinen, daß gerade die Uebertragung des Begriffes der Landeshoheit auf die Staatsgewalt selbst — (von welcher sie eigentlich nur ein Theil, oder das erste unterscheidbare Recht ist) — so wie die zur Zeit des teutschen Reichsstaates mit dem Ausdrucke Landeshoheit in einem besonderen Sinne (an sich willkürlich) verbundene Bedeutung einer, der kaiserlichen und Reichsstaatsgewalt untergeordneten Regierungsgewalt die Wirkung gehabt haben, daß man die natürliche und grammatikalische Bedeutung des Wortes Landeshoheit oder Territorialhoheit bei Seite setzte: aber indem man dieser keinen anderen Ausdruck substituirte, wurde eben hierdurch eine wesentliche Lücke im Systeme veranlaßt. Da in Folge der Auflösung des teutschen Reiches die zur Zeit des Reichsstaates vorherrschend gebräuchliche Bedeutung von Landeshoheit als subordinirter Staatsgewalt völlig unpractisch geworden ist, so steht von keiner Seite fernerhin dem Gebrauche dieses Wortes in seinem eigentlichen und grammatikalischen Sinne mehr ein Bedenken entgegen.

2) Als das zweite absolut wesentliche primäre Hoheitsrecht erscheint die Justizhoheit, auch im allgemeinen mitunter als Gerichtsbarkeit, iurisdictio, bezeichnet, obgleich letzterer Ausdruck, wenigstens in der neueren Zeit, auch in einem engeren Sinne genommen wird, und sodann nur die Befugniß zur Handhabung der eigentlichen Rechtspflege begreift — (wie z. B. wenn man von der Gerichtsbarkeit eines Gerichtshofes, eines Patrimonialherrn u. s. w. spricht) — also nur einen Theil von dem, was die Justizhoheit in sich faßt. Die Justizhoheit in ihrem vollen Umfange stellt sich aber dar als der Inbegriff der Hoheitsrechte des Staates hinsichtlich der Gründung, Erhaltung und Handhabung eines gemeinen (normalmäßigen) Rechtszustandes (des ius commune). Die Justizhoheit wurzelt in der einen, an sich negativen, Seite des Staatszweckes, d. h. in dem Bedürfnisse der Geltung des Rechtes und ist zugleich die practische Realisirung dieses Theiles des Staatszweckes. Die Justizhoheit selbst zerfällt nach der Natur ihres Gegenstandes in zwei Hauptabthei-

lungen, die Civiljustizhoheit und in die Criminaljustizhoheit, unter welche letztere auch die sogen. Strafpolizeihoheit im System als eine Unterart zu stellen ist, indem die sogen. Strafpolizei nur insofern dem Begriffe nach von der Criminaljustiz unterschieden werden kann, als im positiven Staate besonders in der neueren Zeit die Bestrafung von Vergehen und Gesetzübertretungen der geringsten Arten (wohin ein großer Theil der Uebertretungen von polizeilichen Bestimmungen gehört), häufig an andere Behörden als die Criminaljustizbehörden gewiesen, resp. den Polizeibehörden selbst überlassen ist, und mit der Verurtheilung auch nicht jene nachtheiligen Rechtsfolgen verbunden sind, welche gewöhnlich mit der Verurtheilung in Strafsachen verbunden zu sein pflegen.

3) Das dritte absolut wesentliche primäre Hoheitsrecht ist die Polizeihoheit, als die Befugniß der Strafgewalt, schaffend, befördernd und überwachend in allen Verhältnissen des Volkslebens zu wirken. Sie wurzelt in der zweiten, d. h. in der positiven Seite des Staatszweckes, d. h. in dem Bedürfnisse einer gegenseitigen Unterstützung, deren Realisirung sie zu bewirken hat. Sie zerfällt ebenfalls wieder in zwei Hauptarten. Die erste ist die Sicherheits- oder Rechtspolizeihoheit, insofern sie die Beaufsichtigung des Rechtszustandes, die Entdeckung seiner Mängel und deren Quellen, die Beförderung der Rechtspflege, die Sicherung ihres Erfolges und ihrer Thätigkeit und die Verhütung künftiger Rechtsverletzungen oder Rechtsstreitigkeiten zur Folge hat, daher auch die sogen. freiwillige Gerichtsbarkeit als Unterart hierher zu zählen ist. — Die zweite Hauptart der Polizeihoheit ist die Culturpolizeihoheit, welche die Beförderung der materiellen, intellectuellen und moralischen Entwickelung zum Gegenstande hat. Das Gebiet der Culturpolizei läßt sich durch keine Aufzählung erschöpfen, da auch die Bedürfnisse, welche in dem Volksleben hervortreten, und die Hindernisse, welche eine Beseitigung von Staats wegen nothwendig machen, nicht erschöpfend, noch ein für allemal für alle Zeiten aufgezählt oder vorhergesehen werden können. Es kann daher auch nicht befremden, wenn die Culturpolizeihoheit nach den verschiedenen Sphären, in welchen ihre Thätigkeit in Anspruch genommen wird, auch in viele und mannigfaltige Unterarten zerfällt, welche mitunter als eigene selbstständige Hoheitsrechte aufgeführt werden, und deren Zahl nie als geschlossen betrachtet werden kann, da fortwährend das Leben in seiner Entwickelung der Staatsgewalt neue Kreise für ihre Wirksamkeit zu eröffnen vermag. Hierher gehören z. B. die sogen. Erziehungs- und Unterrichtshoheit, die Forst-, Jagd-, Bergbau-, Wasser-, Brücken-, Deich- und Straßenbauhoheit, die Industrieconcessionshoheit und die Münzhoheit u. s. w.

4) Das vierte absolut wesentliche primäre Hoheitsrecht ist die Privilegienhoheit, als die Befugniß der Staatsgewalt, Ausnahmen von dem gemeinen und strengen Rechte sowohl für einzelne Fälle, Personen und Sachen, als auch für ganze Classen derselben eintreten zu lassen. Dieses Hoheitsrecht gründet sich darin, daß im Staate eben sowohl das ius aequum — die Billigkeit und die Sitte — als das ius strictum Anspruch auf practische Geltung hat, und daher erscheint die Ertheilung

)n Privilegien in einem wohlgeordneten Staate insofern motivirt, als
e sich selbst als ein Act der Gerechtigkeit darstellt, nämlich als die Aus-
eichung des Rechtes und der Billigkeit. Unterarten dieses Hoheitsrech-
s sind das Recht der Begnadigung in Criminalsachen, das Recht der
Belohnung und Auszeichnung durch Verleihung von Titeln, Würden,
Ehrenzeichen und anderen Prämien, das Recht der Dispensation von der
Beobachtung prohibitiver Civil- oder politischer Gesetze, das Recht der
Ertheilung von Handels- und Gewerbsmonopolien u. dgl., so wie das
Recht der Verleihung corporativer Befugnisse (iura universitatis) höherer
und niederer Art. — Mit diesen vier Hoheitsrechten ist der Kreis der
bsolut wesentlichen primären Befugnisse der Staatsgewalt völlig abge-
schlossen.

b) Die secundären, absolut wesentlichen Hoheits-
rechte sind:

1) Die Finanzhoheit oder Fiscalhoheit, als die Befugniß
es Staates zur Erwerbung, Erhaltung und Verwendung eines öffent-
chen Vermögens als Mittel für die Zwecke des Staates, und daher
uch für die Ausübung der primären Hoheitsrechte, wovon das Recht der
Besteuerung (ius collectandi) und die sogen. Machtvollkommen-
eit (plenitudo potestatis im moderneren Sinne, auch ius eminens
der Nothrecht) des Staates, so wie auch das Recht der Vertretung der
Staatsinteressen in Rechtsstreitigkeiten und Klagsachen vor den Civil- und
Criminalgerichten — (Fiscalhoheit im engeren Sinne) — die Unter-
rten sind. — Hierher gehört

2) die Landesdiensthoheit als die Befugniß der Staatsgewalt,
von den Unterthanen die Leistung der nothwendigen persönlichen Dienste
nach dem Bedürfnisse des Staates zu fordern, und das Maß und den
Organismus des Dienstes, so wie die persönlichen Berechtigungen und Emo-
lumente der öffentlichen Diener zu bestimmen, so wie auch das Ernen-
nungsrecht zu den Dienststellen, wo solche wegen der damit verbundenen
Vortheile oder Auszeichnungen Gegenstand der Bewerbung der Privaten
geworden sind, so wie sodann umgekehrt das Recht der Entlassung und
Entsetzung der Staatsdiener vom Dienste nach den hierfür erlassenen gesetz-
lichen Bestimmungen. Unterarten dieses Hoheitsrechtes sind die sogen.
gemeine Landesdiensthoheit, die Militärhoheit und die
Aemterhoheit.

B. Relativ wesentliche Hoheitsrechte, d. h. solche, welche der
Staatsgewalt zwar nur unter der Voraussetzung gewisser historischer Ver-
hältnisse, aber sodann mit innerer Nothwendigkeit zustehen, sind in den
teutschen Staaten die Lehrhoheit und die Kirchenhoheit. Hierzu
kommt noch in allen Monarchien mit repräsentativer Verfassung die nach
dem Muster der englischen Verfassung sogen. königliche (fürstliche)
Prärogative (pouvoir royal, oder pouvoir moderateur), d. h. der
Inbegriff der Hoheitsrechte, welche dem Staatsherrscher über den Reprä-
sentantenkörper selbst zustehen, und deren Nothwendigkeit sich schon dar-
aus ergibt, daß die Repräsentation in der Monarchie, wie hoch sie auch
immer gestellt sein mag, doch keine souveräne Corporation ist, son-

dern eben so, wie das Volk, dessen verfassungsmäßiges Organ sie ist, fortwährend der Staatsgewalt des Monarchen selbst unterworfen bleibt. Unterarten der königlichen (fürstlichen) Prärogative sind das Recht der Initiative, der Sanction und des Veto, das Recht, den Repräsentantenkörper aufzulösen, oder seine Versammlungen zu vertagen, und wo die Repräsentation nach dem Zweikammersysteme organisirt ist, auch das Recht, neue Pairs zu ernennen. — Den Schluß des Systemes der inneren Hoheitsrechte bilden sodann

C. die außerwesentlichen, oder nutzbaren Hoheitsrechte, oder insbesondere sogen. Regalien, wie das Postregale, Bergwerksregale, Jagdregale u. s. w., insofern ein historischer Titel für die Staatsberechtigung vorliegt, das eine oder das andere nutzbare Recht mit Ausschluß der Unterthanen zu Gunsten der Staats- oder landesherrlichen Cassen allein auszuüben, daher es auch in dem Systeme einer speciellen Aufzählung dieser nutzbaren Regalien nicht bedarf, und diese an sich, der Natur der Sache nach, auch nicht anders, als mit particularrechtlicher Bedeutung gemacht werden kann.

II. Weniger zahlreich als die inneren Hoheitsrechte sind die äußeren Hoheitsrechte, so wie auch die Verhältnisse der Staatsgewalt zu auswärtigen Staaten nicht so viele Beziehungen darbieten, als ihre inneren Verhältnisse. Doch lassen sich auch hier wesentliche und zufällige oder außerwesentliche (blos historisch bedingte) Hoheitsrechte unterscheiden.

A. Die wesentlichen äußeren Hoheitsrechte sind: das Recht der Gesandtschaften (ius legationum), das Recht der Bündnisse und Staatsverträge (ius foederum), und das Kriegsrecht (ius belli et armorum) mit seinen Ausflüssen als Recht der bewaffneten Neutralität, der Repressalien u. s. w.

B. Außerwesentliche oder zufällige äußere Hoheitsrechte sind dagegen die sogen. Staatsservituten (servitutes iuris publici), als Befugniß der Ausübung eines Hoheitsrechtes in einem fremden Staatsgebiete, z. B. das Recht einer Militärstraße durch dasselbe, das Recht der Mitbesetzung einer Festung u. dgl.; ferner das Recht der Lehnsherrlichkeit, Superiorität, über auswärtige Staaten, — (nicht zu verwechseln mit der unter den inneren Hoheitsrechten aufgezählten Lehenshoheit) — wenn nämlich ein Staatsherrscher aus historischen Titeln befugt ist, die Staatsgewalt in einem anderen Staate als ein Lehen zu verleihen, wie z. B. früher die teutschen Kaiser die Krone von Böhmen, oder wie noch jetzt die Pforte das Fürstenthum in Serbien: — eben so das Recht des Protectorates, insofern ein Staat von einem oder mehreren anderen als Schirmherr anerkannt wird.

Hiermit erschöpft sich die Zahl der materiellen Hoheitsrechte, und mit ihrer Aufzählung sind somit die Verhältnisse des öffentlichen Lebens angegeben, auf welche die Staatsgewalt ihrem Begriffe oder ihrem historischen Titel zufolge einzuwirken hat. Nunmehr sind die Formen zu entwickeln, in welchen die Staatsgewalt auf alle diese Verhältnisse einwirkt. Diese Thätigkeitsformen der Staatsgewalt — die formellen Hoheitsrechte oder politischen Gewalten — werden auch heutzutage

on den Meisten noch in der Weise der älteren scholastischen (Aristotelischen) Schule aufgefaßt, und sonach eine gesetzgebende, richterliche und vollziehende Gewalt unterschieden, welchen in neuerer Zeit Manche, gleichsam als Ergänzung, noch eine vierte Gewalt, die oberaufsehende Gewalt, beigeordnet haben. Allein nicht nur diese Vermehrung der politischen Gewalten durch eine vierte, sondern selbst die ältere Unterscheidung von drei Gewalten als formellen Functionen der Staatsgewalt unterliegt einem mehrfachen Bedenken. Vor allem wird bei ruhiger Prüfung das Ueberflüssige und Unpractische der Aufstellung einer vierten (oberaufsehenden) Gewalt vor Augen treten. Ihre Unterscheidung will nämlich aus dem Grunde für nothwendig, oder doch für systematisch gerechtfertigt behauptet werden, weil die Kenntnißnahme der Regierung von den Bedürfnissen und Ereignissen in den einzelnen Kreisen des Staatslebens die Bedingung alles positiven Wirkens der Staatsgewalt überhaupt sei. Indem man sonach die Staatsgewalt als einen denkenden und zum Handeln kräftigen Organismus auffaßte, so glaubte man auch in ihrer Aeußerung die ganze Stufenfolge von Thätigkeiten unterscheiden zu müssen, welche zufolge der Beschaffenheit des menschlichen Organismus der Willensäußerung eines individuellen Subjectes durch die That vorangehen, nämlich Beobachten und Wahrnehmen, Erkennen, Urtheilen und Schließen. Man übersah aber hierbei, daß die Staatsgewalt nicht ein wirkliches individuelles Subject, sondern eine Idee ist, welche in verschiedenen (willkürlichen) Formen bald durch ein Subject, bald durch mehrere repräsentirt werden kann, und daß sie, um äußerlich (historisch) zu gelten, solcher Organe bedarf, welche an sich Subjecte sind, und daß — eben so, wie bei einem Subjecte seine Vermögen durch die Zahl, Art und Beschaffenheit seiner Organe bedingt sind — so auch von einer gewissen politischen Gewalt nur insofern mit practischer Bedeutung die Rede sein kann, als die Staatsgewalt (in den Subjecten ihrer Innehabung) besondere Organe für eine gewisse Thätigkeit hat oder haben kann. Es ist aber so viel unbestreitbar, daß die Staatsgewalt nicht anders beaufsichtigend wirken kann, als entweder durch die Organe der gesetzgebenden oder der vollziehenden Gewalt, und die Erfahrung lehrt, daß es in allen Staaten gerade die Organe der vollziehenden Gewalt sind, welchen, schon wegen ihrer fortwährenden täglichen Berührung mit den Ereignissen im öffentlichen Leben, die Sorge übertragen ist, das letztere in allen seinen Verzweigungen, im Ganzen und im Einzelnen zu überwachen und durch ihre Erfahrungen eines Theiles die Organe der Legislation in den Stand zu setzen, auf eine für das allgemeine Beste ersprießliche Weise ihre Thätigkeit zu äußern, andererseits für sich selbst, d. h. für die Administration, die Veranlassung zu ihrem thätigen Einschreiten und zu ihrer Kraftentwickelung zu entnehmen. Die Organe der Legislation sind dagegen von Hause aus nur da zur Ausübung einer aufsehenden Gewalt einigermaßen geeignet, wo die Verfassung auf dem Systeme der Theilung der Gewalten beruht. Wo aber dieß nicht der Fall ist, da bleibt der Natur der Sache nach die ganze aufsehende Gewalt bei den Organen der vollziehenden Gewalt, und ist nichts anderes

als selbst ein Act der Vollziehung oder der Administration. Dieß ist auch da der Fall, wo eine Volksrepräsentation oder landständische Corporation besteht, wie in den teutschen Bundesstaaten, in welchen kraft des Art. 57 der Wiener Schlußacte von 1820 das System der Theilung der Gewalten ausgeschlossen ist, und die Staatsgewalt ungetheilt in der Hand des Monarchen niedergelegt ist, und wo also das Recht der Beaufsichtigung der Administration selbst, welches der Repräsentation oder der Landschaft durch die Verfassung zugestanden, und von ihr in den verfassungsmäßigen Schranken auszuüben ist, an sich nicht als eine politische Gewalt, d. h. nicht als ein Recht der Regierung, sondern im Gegentheile als ein durch die Repräsentation auszuübendes Volksrecht erscheint. Das Unpractische der Unterscheidung einer oberaufsehenden Gewalt als einer besonderen, politischen, d. h. Regierungsgewalt, zeigt sich besonders darin, daß ein Mißbrauch des Beaufsichtigungsrechtes des Staates nicht anders, als durch die mit der Beaufsichtigung beauftragten Organe der Vollziehung möglich ist, weßhalb auch in den Staaten mit repräsentativer oder landschaftlicher Verfassung die Reclamationen der Stände wegen eines solchen Mißbrauches, z. B. durch Verletzung des Postgeheimnisses u. s. w., auch nur gegen die Organe der Vollziehung gerichtet werden können und nach dem Zeugnisse der Erfahrung von jeher gerichtet worden sind. Es wird daher hier nicht das behauptet, daß dem Staate kein Recht der Beaufsichtigung zustehe, sondern nur das wird in Abrede gestellt, daß die Ausübung des Beaufsichtigungsrechtes des Staates als eine eigene, selbstständige Function der Staatsgewalt, d. h. als formelles Hoheitsrecht oder als politische Gewalt zu betrachten sei oder auch nur mit practischer Bedeutung behauptet werden könne, und nur so viel wird dagegen behauptet, daß das Recht der Beaufsichtigung, als sich auf alle Sphären und Erscheinungen (Objecte) des Staatslebens beziehend, vielmehr als ein materielles Hoheitsrecht, nämlich als ein Theil der Polizeihoheit aufzufassen, und als solcher selbst Object der formalen Thätigkeit der Staatsgewalt, nämlich Object der Gesetzgebung und der Vollziehung ist, indem in einem wohlgeordneten Staate auch die Beaufsichtigung nur in gesetzlich bestimmter Weise durch die Organe der Vollziehung geschehen darf. Diejenigen, welche eine oberaufsehende Gewalt als formales Hoheitsrecht oder politische Gewalt annehmen und vertheidigen wollen, sind dadurch in die Verlegenheit gekommen, Unterschiede derselben von der Polizeihoheit aufsuchen zu müssen, welcher Versuch, als der Natur der Sache zuwider, und folglich als ein unlogisches und in sich selbst widersprechendes Beginnen — allen Aufwandes von Scharfsinn, der mitunter hieran verschwendet wurde, ungeachtet — nothwendig mißlingen mußte. — Nachdem hiernach die Unterscheidung der sogen. oberaufsehenden Gewalt als einer besonderen politischen Gewalt als ungegründet zurückgewiesen worden ist, so ist nunmehr die bisherige Annahme einer sogen. richterlichen Gewalt der Prüfung zu unterwerfen. Es hat zwar schon früher nicht an Politikern gefehlt, welche die Aufstellung der richterlichen Gewalt als einer besonderen politischen Gewalt bestritten haben, und dieselbe nur als eine Unterart der vollzie-

henden Gewalt erklärten. Für diese Ansicht läßt sich auch mit einigem Grunde das anführen, daß die Subsumtion eines gegebenen Falles unter das Gesetz, d. h. das Urtheilen, selbst schon — als Gesetzanwendung — ein Act der Vollziehung, resp. der Anfang derselben sei. Doch ist mit dieser Auffassung keineswegs das Verhältniß der sogen. richterlichen Gewalt vollständig erschöpft. Es muß vielmehr hier vorerst die Erinnerung gemacht werden, daß die Unterscheidung einer richterlichen oder urtheilenden Gewalt keine in Bezug auf sämmtliche Hoheitsrechte durchgreifende Unterscheidung ist, sondern daß dieselbe ihrer Idee und sogar dem gemeinen Sprachgebrauche nach nur in Bezug auf die Ausübung der Justizhoheit gemacht wird. Man kann geradezu den Satz aufstellen, daß ohne ein fortwährendes Subsumiren der einzelnen Fälle unter das Gesetz gar keine Administration im Staate möglich ist: so subsumirt z. B. auch der Mauthbeamte, wenn er von einer Sache den Zoll fordert, oder ein Polizeibeamter, wenn er einen Verbrecher auf frischer That betritt und verhaftet, den Fall unter das Gesetz; aber es wird Niemandem beifallen, ein solches Subsumiren im practischen Staatsleben ein Richten, oder die Verfügung eines Administrativbeamten, daß diese oder jene projectirte Versammlung nicht stattfinden dürfe u. dgl., ein Urtheil zu nennen, oder hier nur an die Möglichkeit einer Rechtskraft zu denken. Im Gegentheile können alle solche Subsumtionen der Administrativbehörden noch Gegenstände von Rechtsstreitigkeiten werden, insofern eine Person eine Ueberschreitung der Amtsgewalt, oder Verletzung in ihren erworbenen Rechten behauptet, und dann erst, wenn die von den Administrativbehörden vorgenommene Subsumtion durch solche Bestreitung eine Justizsache geworden ist, kann von einem Urtheilen und Richten in dem eigentlichen und gemeinen Wortverstande die Rede sein. Die Darstellung der sogen. richterlichen Gewalt (im allgemeinen) als einer bloßen Unterart der vollziehenden Gewalt gibt daher keine befriedigende Erklärung und klare, fruchtbringende Einsicht in ihr Wesen; sie ist vielmehr nur eine leere und wenigstens practisch bedeutungslose systematische Spielerei. Soll also die richterliche Gewalt, so wie es gewöhnlich und besonders in der älteren Schule geschah, doch als eine besondere Thätigkeit oder Function der Staatsgewalt, etwa mit der Beschränkung aufgefaßt werden, daß sie nur bei Justizsachen stattfinde, dort aber die Handhabung des Gesetzes in concreto vermittle und vorbereite? Auch dieses möchte sich nicht unbedingt als richtig behaupten lassen; vielmehr möchten hier zwei Verhältnisse, welche auf der Verschiedenheit der Staatsformen beruhen, genau zu trennen sein. Das Verständniß werden nachstehende Betrachtungen vermitteln. Der Natur der Sache nach kann nur jene Thätigkeit eine politische Gewalt genannt werden, welche das Subject der Staatsgewalt, der Souverän, entweder unmittelbar und in eigener Person, oder doch durch solche Organe ausübt, welche von ihm in jeder Beziehung abhängig sind, und Weisungen anzunehmen haben. Hiernach ist aber nur möglich, in einem solchen Staate von einer richterlichen Gewalt als einem Rechte der Krone zu sprechen, wo dem Souverän unverwehrt ist, das Urtheil in Justizsachen selbst zu sprechen, oder den Gerichten vorzuschreiben, wie sie

erkennen sollen und nach seinem Ermessen die Urtheile der Gerichte umzustoßen und abzuändern. Dieß ist z. B. der Fall in der reinen autokratischen Monarchie, wie sie von den römischen Imperatoren gehandhabt wurde, deren Rescripte und Rechtsentscheidungen sich noch in dem Theodosischen und Justinianeischen Codex finden. Hier erscheint nun allerdings die richterliche Gewalt als eine besondere Function der Staatsgewalt und als eine vorbereitende Thätigkeit für die eigentliche Vollziehung. Wo aber die Krone die richterliche Gewalt in dem eben angegebenen Sinne und Umfange hat, da ist für das Volk alle Sicherheit des Rechtes aufgehoben und zerstört, und somit liegt gerade der Charakter der eigentlichen, bei allen civilisirten Völkern verhaßten Despotie im Gegensatze einer vernünftigen autokratischen Monarchie hauptsächlich und charakteristisch darin, daß in ersterer der Krone die richterliche Gewalt in der Bedeutung von Befugniß der unmittelbaren Rechtsprechung zusteht, und der Richterstand auch hinsichtlich des materiellen Inhaltes seiner Urtheile von den Instructionen der Krone abhängig ist. Ganz anders stellt sich aber die Sache da, wo in einem Staate zufolge seiner Verfassung dem Souverän eine solche Befugniß des selbsteigenen Rechtsprechens und des Eingreifens in die Rechtspflege der Gerichte nicht zusteht, sondern ein solches Verfahren als Cabinetsjustiz bezeichnet und für unstatthaft erkannt ist — wo also das Recht entweder von einer aus dem Volke selbst und unmittelbar hervorgehenden Corporation, wie z. B. die Jury, oder doch von solchen Behörden gesprochen wird, welche der Souverän zwar anordnet, ernennt und fortwährend disciplinarisch beaufsichtigt, welchen er jedoch nicht im einzelnen Falle vorschreiben kann, wie sie entscheiden sollen, und deren Aussprüche — (den unter andere Grundsätze zu stellenden Fall der Begnadigung abgerechnet) — von dem Souveräne selbst nicht willkürlich abgeändert werden dürfen. In Staaten dieser Art, in welchen demnach das Urtheilen und Richten keine Function (Thätigkeit) des Souveräns oder abhängiger, d. h. an seine Instructionen im einzelnen Falle gebundener Behörden ist, kann man auch nicht von der richterlichen Gewalt der Krone sprechen — (eben weil sie dieselbe in Wahrheit nicht hat) — sondern in den Staaten, in welchen die Cabinetsjustiz verfassungswidrig und unstatthaft ist, sie mögen nun im übrigen autokratische oder constitutionelle Monarchien sein, da ist die Befugniß der Krone in Justizsachen auf die Anordnung und Besetzung unabhängig sprechender Gerichte und auf die Publication und Vollstreckung der von diesen unabhängig gesprochenen Urtheile beschränkt. Hier hat also die Krone nur Gerichtsbarkeit oder Justizhoheit in dem oben angegebenen Sinne, d. h. sie hat nur das Recht der Justizgesetzgebung und der Vollziehung in Justizsachen — sie hat aber damit auch zugleich Alles, was sie als politische Autorität vernünftiger Weise in Bezug auf die Rechtspflege ansprechen kann, wenn sie nicht selbst und unmittelbar in Despotie ausarten und übergehen soll. Der Name thut hier nichts zur Sache; an dem hier angegebenen Umfange und dem Wesen der Berechtigung, welche der Staatsgewalt in jenen Staaten zukommt, und allein zukommen kann, wo die sogen. Cabinetsjustiz verbannt ist, wird daher auch nichts geän-

dert, wenn man hier den Ausdruck richterliche Gewalt — (jedenfalls sehr ungeeignet) — dennoch gebrauchen wollte. Es ist aber einmal an der Zeit, Bezeichnungen, welche bestimmten Begriffen angehören, auch nur für diese zu gebrauchen, und nicht durch sprachunrichtige Uebertragung derselben auf ganz heterogene Begriffe die Vererbung unklarer und verwirrender, und darum schädlicher, Ansichten zu befördern. Wo der Regent verfassungsmäßig nicht mehr befugt ist, selbst Recht zu sprechen oder Cabinetsjustiz zu üben, da erscheint die Befugniß, Recht zu sprechen (das Richten im eigentlichen Sinne) verfassungsmäßig als etwas von der Krone Getrenntes, als etwas durch sie selbst Unantastbares, und folglich — (mit logischer Nothwendigkeit, weil es im Staate nur zwei Subjecte geben kann, nämlich den Souverän und das Volk) — als ein wahres und eigentliches Volksrecht im Gegensatze der politischen Gewalten als Rechte des Staatsherrschers. Man hat nicht Ursache, wegen dieser Hinausweisung der sogen. richterlichen Gewalt aus der Reihe der politischen Gewalten oder der Berechtigungen des Staatsherrschers und wegen ihrer Erklärung als Volksrecht, der Besorgniß Raum zu geben, als wäre hiermit der Staatsgewalt im Geringsten ein Recht entzogen, welches sie bedürfte, oder welches ihr auch nur zukommen könnte, so wie die Staatsform über die Despotie heraufgebildet ist, und man wird um so mehr Grund finden sich dieser leeren Besorgniß zu entschlagen, wenn man bedenkt, daß die richterliche Gewalt, wo man sie der Krone beilegt, nichts anderes als ein Recht der Cabinetsjustiz und mit dieser identisch ist, also auch da, wo sie der Krone abgesprochen wird, nur ihre Befugniß zur Ausübung der Cabinetsjustiz in Abrede gestellt wird — so wie auf der anderen Seite die Erklärung der richterlichen Gewalt als Volksrecht nichts Anderes, als nur eine andere (gleichbedeutende) Bezeichnung für die in jeder wohlgeordneten, sowohl autokratischen als constitutionellen Monarchie als Grundsatz anerkannte Unabhängigkeit der Rechtspflege ist. Weit entfernt, an Kraft und Autorität einzubüßen, wenn die richterliche Gewalt, d. h. das unmittelbare Rechtsprechen, oder die Cabinetsjustiz, als ein an sich nicht in dem Begriffe der Souveränetät enthaltenes Recht von der Krone aufgegeben und als Volksrecht anerkannt wird, gewinnt die Staatsgewalt dadurch, daß die Rechtsprechung unabhängig gestellten Gerichten zugewiesen wird, den unschätzbaren Vortheil, die Loyalität aller administrativen Acte, wenn diese von den Interessenten bestritten wird, einem unparteiischen Urtheile unterwerfen zu können, und darum wird mit Recht in der Unabhängigkeit der Rechtspflege, d. h. in der Beschränkung der Staatsgewalt auf Gerichtsbarkeit oder Justizhoheit in der oben angegebenen Bedeutung eine der wichtigsten Garantien für die Sicherheit des Thrones erkannt, indem hierdurch allein den Unterthanen der im Begriffe des Staates liegende Rechtsschutz gewährt und somit die gefährlichste Veranlassung einer möglichen Unzufriedenheit mit der Regierung beseitigt wird. Am wenigsten Bedenken kann aber die Hinausweisung der Rechtsprechung aus der Reihe der politischen Gewalten und ihre Erklärung als Volksrecht im Systeme des teutschen Staatsrechtes haben, da bei der teutschen Nation zu keiner Zeit Cabinetsjustiz und

erkennen sollen und nach seinem Ermessen die Urtheile der Gerichte umzustoßen und abzuändern. Dieß ist z. B. der Fall in der reinen autokratischen Monarchie, wie sie von den römischen Imperatoren gehandhabt wurde, deren Rescripte und Rechtsentscheidungen sich noch in dem Theodosischen und Justinianeischen Codex finden. Hier erscheint nun allerdings die richterliche Gewalt als eine besondere Function der Staatsgewalt und als eine vorbereitende Thätigkeit für die eigentliche Vollziehung. Wo aber die Krone die richterliche Gewalt in dem eben angegebenen Sinne und Umfange hat, da ist für das Volk alle Sicherheit des Rechtes aufgehoben und zerstört, und somit liegt gerade der Charakter der eigentlichen, bei allen civilisirten Völkern verhaßten Despotie im Gegensatze einer vernünftigen autokratischen Monarchie hauptsächlich und charakteristisch darin, daß in ersterer der Krone die richterliche Gewalt in der Bedeutung von Befugniß der unmittelbaren Rechtsprechung zusteht, und der Richterstand auch hinsichtlich des materiellen Inhaltes seiner Urtheile von den Instructionen der Krone abhängig ist. Ganz anders stellt sich aber die Sache da, wo in einem Staate zufolge seiner Verfassung dem Souverän eine solche Befugniß des selbsteigenen Rechtsprechens und des Eingreifens in die Rechtspflege der Gerichte nicht zusteht, sondern ein solches Verfahren als Cabinetsjustiz bezeichnet und für unstatthaft erkannt ist — wo also das Recht entweder von einer aus dem Volke selbst und unmittelbar hervorgehenden Corporation, wie z. B. die Jury, oder doch von solchen Behörden gesprochen wird, welche der Souverän zwar anordnet, ernennt und fortwährend disciplinarisch beaufsichtigt, welchen er jedoch nicht im einzelnen Falle vorschreiben kann, wie sie entscheiden sollen, und deren Aussprüche — (den unter andere Grundsätze zu stellenden Fall der Begnadigung abgerechnet) — von dem Souveräne selbst nicht willkürlich abgeändert werden dürfen. In Staaten dieser Art, in welchen demnach das Urtheilen und Richten keine Function (Thätigkeit) des Souveräns oder abhängiger, d. h. an seine Instructionen im einzelnen Falle gebundener Behörden ist, kann man auch nicht von der richterlichen Gewalt der Krone sprechen — (eben weil sie dieselbe in Wahrheit nicht hat) — sondern in den Staaten, in welchen die Cabinetsjustiz verfassungswidrig und unstatthaft ist, sie mögen nun im übrigen autokratische oder constitutionelle Monarchien sein, da ist die Befugniß der Krone in Justizsachen auf die Anordnung und Besetzung unabhängig sprechender Gerichte und auf die Publication und Vollstreckung der von diesen unabhängig gesprochenen Urtheile beschränkt. Hier hat also die Krone nur Gerichtsbarkeit oder Justizhoheit in dem oben angegebenen Sinne, d. h. sie hat nur das Recht der Justizgesetzgebung und der Vollziehung in Justizsachen — sie hat aber damit auch zugleich Alles, was sie als politische Autorität vernünftiger Weise in Bezug auf die Rechtspflege ansprechen kann, wenn sie nicht selbst und unmittelbar in Despotie ausarten und übergehen soll. Der Name thut hier nichts zur Sache; an dem hier angegebenen Umfange und dem Wesen der Berechtigung, welche der Staatsgewalt in jenen Staaten zukommt, und allein zukommen kann, wo die sogen. Cabinetsjustiz verbannt ist, wird daher auch nichts geän-

ert, wenn man hier den Ausdruck richterliche Gewalt — (jedenfalls sehr ungeeignet) — dennoch gebrauchen wollte. Es ist aber einmal an der Zeit, Bezeichnungen, welche bestimmten Begriffen angehören, auch nur für diese zu gebrauchen, und nicht durch sprachunrichtige Uebertragung derselben auf ganz heterogene Begriffe die Vererbung unklarer und verwirrender, und darum schädlicher, Ansichten zu befördern. Wo der Regent verfassungsmäßig nicht mehr befugt ist, selbst Recht zu sprechen oder Cabinetsjustiz zu üben, da erscheint die Befugniß, Recht zu sprechen (das Richten im eigentlichen Sinne) verfassungsmäßig als etwas von der Krone Getrenntes, als etwas durch sie selbst Unantastbares, und folglich — (mit logischer Nothwendigkeit, weil es im Staate nur zwei Subjecte geben kann, nämlich den Souverän und das Volk) — als ein wahres und eigentliches Volksrecht im Gegensatze der politischen Gewalten als Rechte des Staatsherrschers. Man hat nicht Ursache, wegen dieser Hinausweisung der sogen. richterlichen Gewalt aus der Reihe der politischen Gewalten oder der Berechtigungen des Staatsherrschers und wegen ihrer Erklärung als Volksrecht, der Besorgniß Raum zu geben, als wäre hiermit der Staatsgewalt im Geringsten ein Recht entzogen, welches sie bedürfte, oder welches ihr auch nur zukommen könnte, so wie die Staatsform über die Despotie heraufgebildet ist, und man wird um so mehr Grund finden sich dieser leeren Besorgniß zu entschlagen, wenn man bedenkt, daß die richterliche Gewalt, wo man sie der Krone beilegt, nichts anderes als ein Recht der Cabinetsjustiz und mit dieser identisch ist, also auch da, wo sie der Krone abgesprochen wird, nur ihre Befugniß zur Ausübung der Cabinetsjustiz in Abrede gestellt wird — so wie auf der anderen Seite die Erklärung der richterlichen Gewalt als Volksrecht nichts Anderes, als nur eine andere (gleichbedeutende) Bezeichnung für die in jeder wohlgeordneten, sowohl autokratischen als constitutionellen Monarchie als Grundsatz anerkannte Unabhängigkeit der Rechtspflege ist. Weit entfernt, an Kraft und Autorität einzubüßen, wenn die richterliche Gewalt, d. h. das unmittelbare Rechtsprechen, oder die Cabinetsjustiz, als ein an sich nicht in dem Begriffe der Souveränetät enthaltenes Recht von der Krone aufgegeben und als Volksrecht anerkannt wird, gewinnt die Staatsgewalt dadurch, daß die Rechtsprechung unabhängig gestellten Gerichten zugewiesen wird, den unschätzbaren Vortheil, die Loyalität aller administrativen Acte, wenn diese von den Interessenten bestritten wird, einem unparteiischen Urtheile unterwerfen zu können, und darum wird mit Recht in der Unabhängigkeit der Rechtspflege, d. h. in der Beschränkung der Staatsgewalt auf Gerichtsbarkeit oder Justizhoheit in der oben angegebenen Bedeutung eine der wichtigsten Garantien für die Sicherheit des Thrones erkannt, indem hierdurch allein den Unterthanen der im Begriffe des Staates liegende Rechtsschutz gewährt und somit die gefährlichste Veranlassung einer möglichen Unzufriedenheit mit der Regierung beseitigt wird. Am wenigsten Bedenken kann aber die Hinausweisung der Rechtsprechung aus der Reihe der politischen Gewalten und ihre Erklärung als Volksrecht im Systeme des teutschen Staatsrechtes haben, da bei der teutschen Nation zu keiner Zeit Cabinetsjustiz und

Despotie für zulässig geachtet worden sind. Auch zur Zeit der Reichsverbindung hatte niemals der Kaiser eine richterliche Gewalt in dem grammatischen Sinne dieses Wortes, sondern nur Gerichtsbarkeit (Justizhoheit) als das Recht, Gerichte anzuordnen und in denselben den Vorsitz zu führen oder durch einen Stellvertreter, welcher vorzugsweise Richter genannt wurde, führen zu lassen, und die Urtheile zu vollziehen, während die Urtheilsfindung selbst Sache der Schöffen, und in der späteren Zeit der Beisitzer der Reichsgerichte war. Diese Justizhoheit des Kaisers wurde im Mittelalter unter der Bezeichnung Gerichtsbann begriffen (auch iurisdictio, oder iurisdictio omnimoda genannt), und nur diesen Gerichtsbann, nicht aber eine richterliche Gewalt in dem modernen Sinne, welche er selbst nicht hatte und nach dem Geiste des teutschen Rechtes auch nie haben konnte, verlieh der Kaiser sodann den Fürsten und anderen regierenden Herren in Teutschland. Ebenso, wie es unhistorisch ist, einem teutschen Fürsten eine richterliche Gewalt beizulegen, so ist auch in der neuesten Zeit dieser in unserem uralten Staatsherkommen wurzelnde Grundsatz, daß das Staatsoberhaupt nicht in die Rechtsprechung selbst eingreifen oder Cabinetsjustiz zu üben befugt sei, bundesrechtlich positiv ausgesprochen und practisch gehandhabt worden (vgl. die Wiener Schlußacte v. 1820 Art. 29, und den Beschluß der teutschen Bundesversammlung v. 7. Oct. 1830, die Beschwerde des Freiherrn v. Sierstorpff betr.). Wenn man demungeachtet in der neueren Zeit fast allgemein von einer richterlichen Gewalt der Krone spricht, so rührt dieß daher, daß man irrig diesen Ausdruck, welcher an sich nur die Befugniß des Rechtsprechens bezeichnet, für gleichbedeutend mit Gerichtsbarkeit (Gerichtsbann im alten Rechte) nahm. Die Veranlassung zu diesem Irrthume lag aber zunächst darin, daß man theils überhaupt ohne gehörige Kritik philosophische (mitunter sehr willkürlich construirte) Theorien über die Staatsgewalten in das positive teutsche Staatsrecht hineintrug, theils aber übersah man, daß die politischen Theorien, welche sich bei den classischen Schriftstellern des römischen und griechischen Alterthums finden, nur mit Rücksicht auf die damaligen Staatsformen, die Despotie und die Republik entstanden sind, und daher auch nur für diese Wahrheit und Richtigkeit in Anspruch nehmen wollen und können. Von dem Wesen einer solchen Monarchie aber, wie sie sich bei den germanischen Völkern von jeher als ein ursprüngliches, nationales und volksthümliches Institut findet, und deren Unterschied von der (ungermanischen, sowohl antiken als modernen) Despotie in der Anerkennung von Rechten der Individuen und des Volkes liegt, welche auch dem Souverän heilig und unantastbar sind, hatte kaum der eine oder der andere der classischen Autoren, deren vorzugsweise in republikanischem Geiste verfaßten Schriften bei der Wiederbelebung der Wissenschaften den modernen Studien über die Politik fast ausschließlich zur Grundlage dienten, eine richtige Vorstellung. Wenn daher auch ein Tacitus eben so richtig als elegant von den germanischen Völkern aus dem ersten Jahrhunderte n. Chr. berichten konnte: Nec regibus infinita aut libera potestas (Germ. c. 7.), so lag ihm doch das germanische Staatswesen zu fern, als daß er sich

hätte veranlaßt finden können, das System der politischen Gewalten in dem Geiste der germanischen Monarchie zu erforschen und die elementare Verschiedenheit desselben von dem einer antiken Republik oder Despotie entsprechenden Systeme nachzuweisen. So wie aber in der Despotie (wie bereits erwähnt wurde) wirklich eine richterliche Gewalt als Recht des Souveräns vorhanden ist, weil der Souverän bei dieser Staatsform selbst Recht spricht und sich überhaupt in die Rechtsprechung einmischen kann, so konnte auch auf der anderen Seite in dem Aristotelischen, zunächst auf die republikanische Verfassung berechneten Systeme sehr wohl eine richterliche Gewalt neben der gesetzgebenden und vollziehenden Gewalt als ein Recht des Souveräns aufgenommen werden, weil da, wo das Volk zugleich Souverän ist, die Hoheitsrechte und die Volksrechte nothwendig in einander fließen. Das Recht des Volkes in einem jeden Staate, unter einer jeden Staatsform, welche nicht Despotie sein will, ist aber eine von den Einflüssen der vollziehenden Gewalt und den Organen derselben unabhängige Rechtspflege zu haben: wo das Volk aber selbst souverän ist, da ist eben darum dieses sein Recht zugleich Souveränetätsrecht, und also wahrhaft eine politische Gewalt, wenn gleich aus einem ganz anderen Grunde, wie in der Despotie. In der germanischen Monarchie aber, welche — (abgesehen von den moderneren Formen als landständische oder constitutionelle Monarchie, was im Grunde nur spätere Ausprägungen ihres uranfänglichen Charakters sind) — ihrem uranfänglichen Wesen nach einerseits nie Despotie war, andererseits aber auch keine Volkssouveränetät zuläßt und daher von Hause aus zwischen der antiken Despotie und Republik in der Mitte steht, muß eben deßhalb die Rechtsprechung aus der Reihe der politischen Gewalten ausgeschieden und als reines Volksrecht erfaßt werden, und gerade darin, daß dieses practisch möglich und in Teutschland auch practisch in allen Zeiten seiner Geschichte geschehen ist und noch allgemein der Grundsatz der Unabhängigkeit der Rechtspflege als das Palladium des teutschen Volkes heilig gehalten wird, liegt eben der auszeichnende Charakter der teutschen Monarchien, ihre Vernünftigkeit und ihre Humanität. Dieser Grundsatz der Unabhängigkeit der Rechtspflege, d. h. der Rechtsprechung durch Personen, welche von den Weisungen der vollziehenden Gewalt und ihrer Organe hinsichtlich des Inhaltes ihrer Entscheidungen im einzelnen Falle unabhängig und somit volksthümlich gestellt sind — gleichviel übrigens ob Jury oder Justizbehörden — oder was hiermit gleichbedeutend ist, die Anerkennung der Rechtsprechung als Volksrecht, ist in Teutschland die nothwendige Folgerung der historischen Grundlagen der gesammten Staatsverfassung. Die teutschen Monarchien beruhen nämlich auf der Grundanschauung, daß das Recht in dem lebendigen sittlichen Selbstbewußtsein des Volkes wurzelt, daß es nur die Entwickelung seines eigenen sittlichen Geistes ist, und darum erkennt jede germanische Monarchie im Volke eine rechtsbildende Kraft an, eine nie ersterbende, fortwährend schaffende volksthümliche Philosophie der socialen Zustände, welche sich in Sitte, Gewohnheit und Herkommen geltend macht. Die germanische Monarchie ist selbst auf die Anerkennung der Giltigkeit des volksthümlichen Rechtes

gegründet, sie selbst wurzelt in ihm und erkennt sich selbst als historisches Product desselben: daher die ungemeine Heiligachtung und die herrschende Gewalt der Sitte und der Gewohnheit (des Herkommens) in Teutschland, so wie die untergeordnete Stellung, welche die eigentliche gesetzgebende Gewalt in Teutschland zu allen Zeiten eingenommen hat, und noch gegenwärtig einnimmt — eine untergeordnete Stellung, welche schon einem Tacitus auffiel, als er in seiner Germania cap. 19. die Worte schrieb: Plus ibi boni mores valent, quam alibi bonae leges, und in Folge deren die gesetzgebende Gewalt in Teutschland stets nur als eine verbessernde Nachhilfe bei besorglicher Verwirrung des herkömmlichen Rechtes auftrat, und sogar in der neuesten Zeit sich auf Seite der Regierungen selbst noch eine gewisse ehrenwerthe Scheu vor der Anfertigung von Gesetzbüchern äußert, welche ihren Grund in der Besorgniß hat, *die nationalen Grundlagen des hergebrachten Rechtes zu untergraben und seine weitere volksthümliche Entwickelung zu stören oder zu vernichten.* — Weist man somit der Rechtsprechung (dem Richten) in einer Staatsform, welche die Extreme der Despotie und der Republik gleichmäßig vermeidet, wie dieß in der germanischen Monarchie der Fall ist, ihre gebührende Stelle unter den Volksrechten an, so ergibt sich, daß in solchen Staaten nur zwei formale Herrscherrechte oder politische Gewalten vorkommen können, nämlich die gesetzgebende und die vollziehende Gewalt. Das Verhältniß dieser beiden politischen Gewalten zu den materiellen Hoheitsrechten bestimmt sich aber sodann consequent in der Art, daß sie bei allen materiellen Hoheitsrechten Platz greifen, d. h. sie sind für Staaten, wie die germanischen Monarchien, die Formen und zwar die einzigen Formen, in welchen ein jedes einzelne Hoheitsrecht ausgeübt wird und ausgeübt werden kann. Jedoch ist hier noch folgende wesentliche Unterscheidung zu machen. Jedes materielle innere Hoheitsrecht wird — wenn die Regierung in der Sphäre desselben thätig *sein will* — regelmäßig in beiden Formen der politischen Gewalt, d. h. *sowohl* durch Gesetzgebung als Vollziehung ausgeübt: so z. B. also übt der teutsche Monarch die Justizhoheit, Polizeihoheit, Finanzhoheit u. s. w. durch Justiz-, Polizei- und Finanzgesetzgebung und durch Vollstreckung der Justizpolizei und Finanzgesetze u. s. w. — Nur ausnahmsweise findet hinsichtlich der inneren Staatsangelegenheiten die Thätigkeit der Regierung nur in einer Form, nämlich in jener der Vollstreckung, d. h. als vollziehende Gewalt, allein statt, nämlich da, wo die rechtsbildende Kraft im Volke bereits die Regel der Entscheidung und den von der Vollziehung einzuhaltenden Grundsatz geschaffen, und damit die gesetzgebende Thätigkeit der Regierung überflüssig oder unstatthaft gemacht hat. Die rechtsbildende Kraft im Volke ist nämlich in jedem Staate historisch älter als das Gesetz und besteht als der lebendige Geist des Volkes unzerstörlich neben jeder Gesetzgebung in thatkräftiger Wirksamkeit und schafft sich als Herkommen practische Geltung, und zwar sogar derogatorische Geltung gegen das Gesetz selbst, wo dieses nicht in dem Rechtsbewußtsein des Volkes lebendige Wurzel geschlagen hat und von der Sitte getragen wird. Was aber in Bezug auf die innere Staatsregierung nur unter

der angegebenen besonderen Voraussetzung stattfindet, daß nämlich die Staatsgewalt *nur* in der Form der *Vollziehung* thätig wird, das erscheint in Bezug auf die *äußeren* Hoheitsrechte der Natur der Sache nach als *Regel*. Bei der Ausübung der äußeren Hoheitsrechte fällt nämlich die Ausübung der Staatsgewalt durch die Gesetzgebung durchaus hinweg, weil sich dieselben auf das Verhältniß zu auswärtigen ebenfalls souveränen Staaten beziehen, und hier fällt also nothwendig Alles der vollziehenden Gewalt ausschließlich anheim, welche in dieser Rücksicht — (als Thätigkeit der Staatsgewalt im Bereiche der äußeren Hoheitsrechte) — in der neueren Zeit als *Repräsentativgewalt* bezeichnet zu werden pflegt. Die Unterscheidung der Fälle, in welchen die Staatsgewalt in der zweifachen Form der Gesetzgebung und der Vollziehung, oder nur in der einzigen Form der Vollziehung thätig werden kann, hat so lange scheinbar keine oder doch keine augenfällige Bedeutung, als man nur die Thätigkeit der Staatsgewalt in einer Monarchie im Auge hat, in welcher für ihre Ausübung noch keine andere Beschränkung des Souveräns besteht, als diejenige, welche in dem Grundsatze der Unabhängigkeit der Rechtspflege liegt, weßhalb man heutzutage eine solche Monarchie als eine *unbeschränkte* zu bezeichnen pflegt. Hierin liegt auch wohl der Grund, warum die hier gemachte Unterscheidung bei den älteren Politikern ganz übersehen oder doch nie mit Bestimmtheit ausgesprochen wurde. So wie aber die Beschränkungen des Souveräns in der Monarchie sich vervielfachen, d. h. so wie sich die landständische oder die constitutionelle Verfassung, oder gar eine auf dem Principe der Theilung der Gewalten beruhende Staatsform entwickelt, und die Zahl der Volksrechte hierdurch sich vermehrt, und so wie insbesondere der landständischen Corporation oder der Repräsentation eine *Mitwirkung* bei der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt eingeräumt, der Krone aber nur noch die Ausübung der vollziehenden Gewalt als *ausschließliches*, ohne Concurrenz — (wenn gleich unter einer bald mehr bald minder mächtigen Controle der Stände und mit Verantwortlichkeit der Organe der Vollziehung gegen dieselben) — auszuübendes Recht belassen wird, da tritt der hier gemachte Unterschied in der Thätigkeit der Staatsgewalt bezüglich der inneren und äußeren Hoheitsrechte in seiner ganzen *practischen* Bedeutung hervor. Darum bewegt sich auch in den modernen constitutionellen Monarchien der Streit zwischen der Repräsentation und der Regierung zunächst und nothwendig um die Frage, ob eine Befugniß in das Bereich der gesetzgebenden oder der vollziehenden Gewalt gehöre, insbesondere wenn es sich darum handelt, ob die Regierung einen politischen Act allein oder nur unter Mitwirkung (Concurrenz) der Repräsentation vorzunehmen befugt sei. Es ergibt sich auch hiermit zugleich die unendlich *höhere* Bedeutung der vollziehenden als der gesetzgebenden Gewalt in der Monarchie, da die erstgenannte durchaus keine Theilung oder auch nur Mitwirkung der Volksrepräsentation bei ihrer Ausübung verträgt, wenn nicht der Begriff der Monarchie selbst vernichtet werden soll. Daher ist auch selbst in jenen Verfassungen, welche dem republikanischen Elemente die möglichste Geltung mit Beibe-

haltung einiger monarchischen Formen zu schaffen beabsichtigten, und die darum sogar eine wirkliche Theilung der gesetzgebenden Gewalt anordneten, wie z. B. die französische Charte v. 1830 Art. 14, dem Könige stets die executive Gewalt allein zugesprochen worden (ebendas. Art. 12), und consequent wurde ihm auch stets die exclusive Ausübung aller äußeren Hoheitsrechte — der eben erwähnten Repräsentativgewalt — beigelegt (ebendas. Art 13), so daß man ohne Bedenken denjenigen für den eigentlichen Staatsherrscher halten darf, welcher die vollziehende und damit zugleich die Repräsentativgewalt als Ausübungsbefugniß der äußeren Hoheitsrechte hat, wenn er auch hinsichtlich der gesetzgebenden Gewalt noch so sehr beschränkt wäre; und eben so hat die Erfahrung gelehrt, daß es dem Inhaber der vollziehenden Gewalt regelmäßig gelungen ist, die gesetzgebende Gewalt sich unterzuordnen, oder doch sich bald einen überwiegenden Einfluß auf dieselbe zu verschaffen, wo sie ihm nicht gleichfalls von Haus aus zustand. Diese Erscheinung erklärt sich sehr einfach daraus, daß dem Inhaber der executiven Gewalt nach dem Begriffe derselben nicht nur die gesammte Repräsentativgewalt, sondern auch die Verfügung über die executive Macht des Staates — das Heer und die Beamten der Administration, insbesondere das Ernennungsrecht zu allen Militär- und Civilämtern zusteht, so wie auch die öffentlichen Gelder zunächst in seiner Hand liegen, und dieß selbst da, wo eine Controle der Finanzen durch eine Repräsentation besteht. Die überwiegende Bedeutung der vollziehenden Gewalt erklärt sich auch überdieß noch dadurch, daß dieselbe nothwendig fortwährend thätig (activ) sein muß, während die gesetzgebende Gewalt nur von Zeit zu Zeit, und nur bei besonderen Veranlassungen thätig sein kann. Es wäre nämlich — wie schon oben beiläufig angedeutet worden ist — eine sehr irrige Vorstellung, wenn man glauben wollte, daß Alles das, was im Staate als eine Norm oder Grundsatz Geltung haben solle, in einem Gesetze enthalten oder gebilligt sein müsse. Eine solche Ansicht konnte sich nur in den Zeiten einer wissenschaftlichen Barbarei und in einer absoluten Despotie, oder bei revolutionären Bewegungen — (was beides Verirrungen und Abweichungen von dem historischen Boden der germanischen Staatszustände sind) — unter den Einflüssen einer mageren, dem practischen und nationalen Leben fremden Speculation bilden. Aelter als das Gesetz ist in Teutschland das Recht, das lebendige und sittliche sociale Selbstbewußtsein der Nationen, welches mit ihnen selbst geboren wird, wächst und untergeht. Darum steht das Gesetz zu dem Rechte stets nur in einem untergeordneten, suppletorischen und correctorischen Verhältnisse: es wird erst gemacht und gleichsam erfunden, wo sich im Laufe der Zeiten das Rechtsbewußtsein in Folge des erweiterten und complicirteren Verkehres und der Ueberbildung verwirrt, wodurch erst die Staatsgewalt aufgefordert wird, als ordnende äußere Autorität aufzutreten. Darum wird nie und kann nie das Rechtsleben eines Volkes von Gesetzen völlig erschöpft oder umschlossen werden — darum häufen sich überall die Gesetze erst mit der Erschlaffung der moralischen Kraft und der lebendigen Rechtsanschauung in der Nation, und es ist darum

auch umgekehrt ein wohl zu beachtendes, erfreuliches Zeichen einer verjüngten Lebenskraft, wo eine Nation aus dem Grunde zu einer Codification schreitet, um die Masse der Gesetze zu verringern und dem Rechtsleben eine neue einfache Grundlage für eine neue Aera seiner Entwickelung zu geben. Das Machen von Gesetzen ist demnach selbst nichts anderes, als nur ein Theil der Rechtsentwickelung bei den Völkern selbst, nämlich Rechtsentwickelung durch Vermittelung der öffentlichen Autorität: die Gesetzgebung soll daher auch nichts anderes zu Tage fördern, als was die Nation auch in ihrer Masse als ein (für sie) vernünftiges Recht anerkennen kann. In der Republik, wo das souveräne Volk in seiner Versammlung oder in dem Congresse seiner Repräsentanten sich selbst Gesetze gibt, ist ein Zwiespalt zwischen dem Gesetze und der nationalen Rechtsanschauung an sich unmöglich, und das Gesetz naturgemäß nur concret-erkennbarer Ausdruck dieser Letzteren, und also selbst nur eine Form der volksthümlichen Rechtsbildung. In der Monarchie dagegen erscheint die gesetzgebende Gewalt des Souveräns als ein theilweises Surrogat der im Volke selbst unzerstörlich liegenden und fortwirkenden rechtsbildenden Kraft, und geht regelmäßig erst spät in die Hände des Monarchen über, der ursprünglich regelmäßig — (wo nicht die Staatenbildung mit der Form der Despotie beginnt) — nur als der Inhaber der vollziehenden Gewalt erscheint. Selbst die vollkommenste Despotie hat zu keiner Zeit vermocht oder gewagt, der rechtsbildenden Kraft des Volkes ihre Wirkung abzusprechen, wenn sie gleich sich die Befugniß beilegte, willkürlich durch Gesetze das Herkommen und die Gewohnheit zu brechen und darum das Gesetz über die Gewohnheit stellte. (Vgl. L. 2. C. quae sit longa consuetudo. [8. 53.]) Allein gerade der Widerspruch, welcher in einer Autokratie zwischen dem von dem Staatsherrscher ausgegangenen Gesetze und der volksthümlichen Rechtsanschauung möglich ist, hat bei den germanischen Völkern zu aller Zeit die Forderung einer Theilnahme der politisch berechtigten Stände, und in neuerer Zeit, wo jeder Stand in den Besitz der bürgerlichen und politischen Freiheit getreten ist, insbesondere die Forderung einer Theilnahme des gesammten Volkes an der Gesetzgebung durch eine Repräsentation hervorgerufen, welche auch durch den Art. 13 des Grundgesetzes des gegenwärtigen politischen Zustandes von Teutschland, nämlich der teutschen Bundesacte v. 10. Juni 1815 als eine gerechte und dem historischen Rechte entsprechende anerkannt und neuerdings als practisch giltiges Recht sanctionirt worden ist. Daraus, daß das Gesetz selbst nichts anderes ist und sein kann, als eine Seite der nationalen Rechtsentwickelung und Rechtsbildung überhaupt, erklärt sich auch, warum mitunter Gesetze sofort in der Geburt ersticken, d. h. gar nicht zur practischen Anwendung gelangen, theils nach und nach außer Uebung kommen und in Vergessenheit gerathen. Kein Gesetz wirkt naturgemäß länger practisch, als es von dem Volksgeiste und von der Sitte getragen wird, d. h. nur so lange, als sein Inhalt von der Nation als dem Rechte entsprechend erkannt wird, und darum ist auch das, was die Schule eine desuetudo oder eine derogatorische Gewohnheit nennt, nichts anderes als der Triumph der ewig wirkenden und fortwährend im Stillen

Despotie für zulässig geachtet worden sind. Auch zur Zeit der Reichsverbindung hatte niemals der Kaiser eine richterliche Gewalt in dem grammatischen Sinne dieses Wortes, sondern nur Gerichtsbarkeit (Justizhoheit) als das Recht, Gerichte anzuordnen und in denselben den Vorsitz zu führen oder durch einen Stellvertreter, welcher vorzugsweise Richter genannt wurde, führen zu lassen, und die Urtheile zu vollziehen, während die Urtheilsfindung selbst Sache der Schöffen, und in der späteren Zeit der Beisitzer der Reichsgerichte war. Diese Justizhoheit des Kaisers wurde im Mittelalter unter der Bezeichnung Gerichtsbann begriffen (auch iurisdictio, oder iurisdictio omnimoda genannt), und nur diesen Gerichtsbann, nicht aber eine richterliche Gewalt in dem modernen Sinne, welche er selbst nicht hatte und nach dem Geiste des teutschen Rechtes auch nie haben konnte, verlieh der Kaiser sodann den Fürsten und anderen regierenden Herren in Teutschland. Ebenso, wie es unhistorisch ist, einem teutschen Fürsten eine richterliche Gewalt beizulegen, so ist auch in der neuesten Zeit dieser in unserem uralten Staatsherkommen wurzelnde Grundsatz, daß das Staatsoberhaupt nicht in die Rechtsprechung selbst eingreifen oder Cabinetsjustiz zu üben befugt sei, bundesrechtlich positiv ausgesprochen und practisch gehandhabt worden (vgl. die Wiener Schlußacte v. 1820 Art. 29, und den Beschluß der teutschen Bundesversammlung v. 7. Oct. 1830, die Beschwerde des Freiherrn v. Sierstorpff betr.). Wenn man demungeachtet in der neueren Zeit fast allgemein von einer richterlichen Gewalt der Krone spricht, so rührt dieß daher, daß man irrig diesen Ausdruck, welcher an sich nur die Befugniß des Rechtsprechens bezeichnet, für gleichbedeutend mit Gerichtsbarkeit (Gerichtsbann im alten Rechte) nahm. Die Veranlassung zu diesem Irrthume lag aber zunächst darin, daß man theils überhaupt ohne gehörige Kritik philosophische (mitunter sehr willkürlich construirte) Theorien über die Staatsgewalten in das positive teutsche Staatsrecht hineintrug, theils aber übersah man, daß die politischen Theorien, welche sich bei den classischen Schriftstellern des römischen und griechischen Alterthums finden, nur mit Rücksicht auf die damaligen Staatsformen, die Despotie und die Republik entstanden sind, und daher auch nur für diese Wahrheit und Richtigkeit in Anspruch nehmen wollen und können. Von dem Wesen einer solchen Monarchie aber, wie sie sich bei den germanischen Völkern von jeher als ein ursprüngliches, nationales und volksthümliches Institut findet, und deren Unterschied von der (ungermanischen, sowohl antiken als modernen) Despotie in der Anerkennung von Rechten der Individuen und des Volkes liegt, welche auch dem Souverän heilig und unantastbar sind, hatte kaum der eine oder der andere der classischen Autoren, deren vorzugsweise in republikanischem Geiste verfaßten Schriften bei der Wiederbelebung der Wissenschaften den modernen Studien über die Politik fast ausschließlich zur Grundlage dienten, eine richtige Vorstellung. Wenn daher auch ein Tacitus eben so richtig als elegant von den germanischen Völkern aus dem ersten Jahrhunderte n. Chr. berichten konnte: Nec regibus infinita aut libera potestas (Germ. c. 7.), so lag ihm doch das germanische Staatswesen zu fern, als daß er sich

hätte veranlaßt finden können, das System der politischen Gewalten in dem Geiste der germanischen Monarchie zu erforschen und die elementare Verschiedenheit desselben von dem einer antiken Republik oder Despotie entsprechenden Systeme nachzuweisen. So wie aber in der Despotie (wie bereits erwähnt wurde) wirklich eine richterliche Gewalt als Recht des Souveräns vorhanden ist, weil der Souverän bei dieser Staatsform selbst Recht spricht und sich überhaupt in die Rechtsprechung einmischen kann, so konnte auch auf der anderen Seite in dem Aristotelischen, zunächst auf die republikanische Verfassung berechneten Systeme sehr wohl eine richterliche Gewalt neben der gesetzgebenden und vollziehenden Gewalt als ein Recht des Souveräns aufgenommen werden, weil da, wo das Volk zugleich Souverän ist, die Hoheitsrechte und die Volksrechte nothwendig in einander fließen. Das Recht des Volkes in einem jeden Staate, unter einer jeden Staatsform, welche nicht Despotie sein will, ist aber eine von den Einflüssen der vollziehenden Gewalt und den Organen derselben unabhängige Rechtspflege zu haben: wo das Volk aber selbst souverän ist, da ist eben darum dieses sein Recht zugleich Souveränetätsrecht, und also wahrhaft eine politische Gewalt, wenn gleich aus einem ganz anderen Grunde, wie in der Despotie. In der germanischen Monarchie aber, welche — (abgesehen von den moderneren Formen als landständische oder constitutionelle Monarchie, was im Grunde nur spätere Ausprägungen ihres uranfänglichen Charakters sind) — ihrem uranfänglichen Wesen nach einerseits nie Despotie war, andererseits aber auch keine Volkssouveränetät zuläßt und daher von Hause aus zwischen der antiken Despotie und Republik in der Mitte steht, muß eben deßhalb die Rechtsprechung aus der Reihe der politischen Gewalten ausgeschieden und als reines Volksrecht erfaßt werden, und gerade darin, daß dieses practisch möglich und in Teutschland auch practisch in allen Zeiten seiner Geschichte geschehen ist und noch allgemein der Grundsatz der Unabhängigkeit der Rechtspflege als das Palladium des teutschen Volkes heilig gehalten wird, liegt eben der auszeichnende Charakter der teutschen Monarchien, ihre Vernünftigkeit und ihre Humanität. Dieser Grundsatz der Unabhängigkeit der Rechtspflege, d. h. der Rechtsprechung durch Personen, welche von den Weisungen der vollziehenden Gewalt und ihrer Organe hinsichtlich des Inhaltes ihrer Entscheidungen im einzelnen Falle unabhängig und somit volksthümlich gestellt sind — gleichviel übrigens ob Jury oder Justizbehörden — oder was hiermit gleichbedeutend ist, die Anerkennung der Rechtsprechung als Volksrecht, ist in Teutschland die nothwendige Folgerung der historischen Grundlagen der gesammten Staatsverfassung. Die teutschen Monarchien beruhen nämlich auf der Grundanschauung, daß das Recht in dem lebendigen sittlichen Selbstbewußtsein des Volkes wurzelt, daß es nur die Entwickelung seines eigenen sittlichen Geistes ist, und darum erkennt jede germanische Monarchie im Volke eine rechtsbildende Kraft an, eine nie ersterbende, fortwährend schaffende volksthümliche Philosophie der socialen Zustände, welche sich in Sitte, Gewohnheit und Herkommen geltend macht. Die germanische Monarchie ist selbst auf die Anerkennung der Giltigkeit des volksthümlichen Rechtes

gegründet, sie selbst wurzelt in ihm und erkennt sich selbst als historisches Product desselben: daher die ungemeine Heiligachtung und die herrschende Gewalt der Sitte und der Gewohnheit (des Herkommens) in Teutschland, so wie die untergeordnete Stellung, welche die eigentliche gesetzgebende Gewalt in Teutschland zu allen Zeiten eingenommen hat, und noch gegenwärtig einnimmt — eine untergeordnete Stellung, welche schon einem Tacitus auffiel, als er in seiner Germania cap. 19. die Worte schrieb: Plus ibi boni mores valent, quam alibi bonae leges, und in Folge deren die gesetzgebende Gewalt in Teutschland stets nur als eine verbessernde Nachhilfe bei besorglicher Verwirrung des herkömmlichen Rechtes auftrat, und sogar in der neuesten Zeit sich auf Seite der Regierungen selbst noch eine gewisse ehrenwerthe Scheu vor der Anfertigung von Gesetzbüchern äußert, welche ihren Grund in der Besorgniß hat, die nationalen Grundlagen des hergebrachten Rechtes zu untergraben und seine weitere volksthümliche Entwickelung zu stören oder zu vernichten. — Weist man somit der Rechtsprechung (dem Richten) in einer Staatsform, welche die Extreme der Despotie und der Republik gleichmäßig vermeidet, wie dieß in der germanischen Monarchie der Fall ist, ihre gebührende Stelle unter den Volksrechten an, so ergibt sich, daß in solchen Staaten nur zwei formale Herrscherrechte oder politische Gewalten vorkommen können, nämlich die gesetzgebende und die vollziehende Gewalt. Das Verhältniß dieser beiden politischen Gewalten zu den materiellen Hoheitsrechten bestimmt sich aber sodann consequent in der Art, daß sie bei allen materiellen Hoheitsrechten Platz greifen, d. h. sie sind für Staaten, wie die germanischen Monarchien, die Formen und zwar die einzigen Formen, in welchen ein jedes einzelne Hoheitsrecht ausgeübt wird und ausgeübt werden kann. Jedoch ist hier noch folgende wesentliche Unterscheidung zu machen. Jedes materielle innere Hoheitsrecht wird — wenn die Regierung in der Sphäre desselben thätig sein will — regelmäßig in beiden Formen der politischen Gewalt, d. h. sowohl durch Gesetzgebung als Vollziehung ausgeübt: so z. B. also übt der teutsche Monarch die Justizhoheit, Polizeihoheit, Finanzhoheit u. s. w. durch Justiz-, Polizei- und Finanzgesetzgebung und durch Vollstreckung der Justizpolizei und Finanzgesetze u. s. w. — Nur ausnahmsweise findet hinsichtlich der inneren Staatsangelegenheiten die Thätigkeit der Regierung nur in einer Form, nämlich in jener der Vollstreckung, d. h. als vollziehende Gewalt, allein statt, nämlich da, wo die rechtsbildende Kraft im Volke bereits die Regel der Entscheidung und den von der Vollziehung einzuhaltenden Grundsatz geschaffen, und damit die gesetzgebende Thätigkeit der Regierung überflüssig oder unstatthaft gemacht hat. Die rechtsbildende Kraft im Volke ist nämlich in jedem Staate historisch älter als das Gesetz und besteht als der lebendige Geist des Volkes unzerstörlich neben jeder Gesetzgebung in thatkräftiger Wirksamkeit und schafft sich als Herkommen practische Geltung, und zwar sogar derogatorische Geltung gegen das Gesetz selbst, wo dieses nicht in dem Rechtsbewußtsein des Volkes lebendige Wurzel geschlagen hat und von der Sitte getragen wird. Was aber in Bezug auf die innere Staatsregierung nur unter

der angegebenen besonderen Voraussetzung stattfindet, daß nämlich die Staatsgewalt *nur* in der Form der *Vollziehung* thätig wird, das erscheint in Bezug auf die *äußeren* Hoheitsrechte der Natur der Sache nach als *Regel*. Bei der Ausübung der äußeren Hoheitsrechte fällt nämlich die Ausübung der Staatsgewalt durch die Gesetzgebung durchaus hinweg, weil sich dieselben auf das Verhältniß zu auswärtigen ebenfalls souveränen Staaten beziehen, und hier fällt also nothwendig Alles der vollziehenden Gewalt ausschließlich anheim, welche in dieser Rücksicht — (als Thätigkeit der Staatsgewalt im Bereiche der äußeren Hoheitsrechte) — in der neueren Zeit als *Repräsentativgewalt* bezeichnet zu werden pflegt. Die Unterscheidung der Fälle, in welchen die Staatsgewalt in der zweifachen Form der Gesetzgebung und der Vollziehung, oder nur in der einzigen Form der Vollziehung thätig werden kann, hat so lange scheinbar keine oder doch keine augenfällige Bedeutung, als man nur die Thätigkeit der Staatsgewalt in einer Monarchie im Auge hat, in welcher für ihre Ausübung noch keine andere Beschränkung des Souveräns besteht, als diejenige, welche in dem Grundsatze der Unabhängigkeit der Rechtspflege liegt, weßhalb man heutzutage eine solche Monarchie als eine *unbeschränkte* zu bezeichnen pflegt. Hierin liegt auch wohl der Grund, warum die hier gemachte Unterscheidung bei den älteren Politikern ganz übersehen oder doch nie mit Bestimmtheit ausgesprochen wurde. So wie aber die Beschränkungen des Souveräns in der Monarchie sich vervielfachen, d. h. so wie sich die landständische oder die constitutionelle Verfassung, oder gar eine auf dem Principe der Theilung der Gewalten beruhende Staatsform entwickelt, und die Zahl der Volksrechte hierdurch sich vermehrt, und so wie insbesondere der landständischen Corporation oder der Repräsentation eine *Mitwirkung* bei der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt eingeräumt, der Krone aber nur noch die Ausübung der vollziehenden Gewalt als *ausschließliches*, ohne Concurrenz — (wenn gleich unter einer bald mehr bald minder mächtigen Controle der Stände und mit Verantwortlichkeit der Organe der Vollziehung gegen dieselben) — auszuübendes Recht belassen wird, da tritt der hier gemachte Unterschied in der Thätigkeit der Staatsgewalt bezüglich der inneren und äußeren Hoheitsrechte in seiner ganzen *practischen* Bedeutung hervor. Darum bewegt sich auch in den modernen constitutionellen Monarchien der Streit zwischen der Repräsentation und der Regierung zunächst und nothwendig um die Frage, ob eine Befugniß in das Bereich der gesetzgebenden oder der vollziehenden Gewalt gehöre, insbesondere wenn es sich darum handelt, ob die Regierung einen politischen Act allein oder nur unter Mitwirkung (Concurrenz) der Repräsentation vorzunehmen befugt sei. Es ergibt sich auch hiermit zugleich die unendlich *höhere* Bedeutung der vollziehenden als der gesetzgebenden Gewalt in der Monarchie, da die erstgenannte durchaus keine Theilung oder auch nur Mitwirkung der Volksrepräsentation bei ihrer Ausübung verträgt, wenn nicht der Begriff der Monarchie selbst vernichtet werden soll. Daher ist auch selbst in jenen Verfassungen, welche dem republikanischen Elemente die möglichste Geltung mit Beibe-

haltung einiger monarchischen Formen zu schaffen beabsichtigten, und die darum sogar eine wirkliche Theilung der gesetzgebenden Gewalt anordneten, wie z. B. die französische Charte v. 1830 Art. 14, dem Könige stets die executive Gewalt allein zugesprochen worden (ebendas. Art. 12), und consequent wurde ihm auch stets die exclusive Ausübung aller äußeren Hoheitsrechte — der eben erwähnten Repräsentativgewalt — beigelegt (ebendas. Art 13), so daß man ohne Bedenken denjenigen für den eigentlichen Staatsherrscher halten darf, welcher die vollziehende und damit zugleich die Repräsentativgewalt als Ausübungsbefugniß der äußeren Hoheitsrechte hat, wenn er auch hinsichtlich der gesetzgebenden Gewalt noch so sehr beschränkt wäre; und eben so hat die Erfahrung gelehrt, daß es dem Inhaber der vollziehenden Gewalt regelmäßig gelungen ist, die gesetzgebende Gewalt sich unterzuordnen, oder doch sich bald einen überwiegenden Einfluß auf dieselbe zu verschaffen, wo sie ihm nicht gleichfalls von Haus aus zustand. Diese Erscheinung erklärt sich sehr einfach daraus, daß dem Inhaber der executiven Gewalt nach dem Begriffe derselben nicht nur die gesammte Repräsentativgewalt, sondern auch die Verfügung über die executive Macht des Staates — das Heer und die Beamten der Administration, insbesondere das Ernennungsrecht zu allen Militär- und Civilämtern zusteht, so wie auch die öffentlichen Gelder zunächst in seiner Hand liegen, und dieß selbst da, wo eine Controle der Finanzen durch eine Repräsentation besteht. Die überwiegende Bedeutung der vollziehenden Gewalt erklärt sich auch überdieß noch dadurch, daß dieselbe nothwendig fortwährend thätig (activ) sein muß, während die gesetzgebende Gewalt nur von Zeit zu Zeit, und nur bei besonderen Veranlassungen thätig sein kann. Es wäre nämlich — wie schon oben beiläufig angedeutet worden ist — eine sehr irrige Vorstellung, wenn man glauben wollte, daß Alles das, was im Staate als eine Norm oder Grundsatz Geltung haben solle, in einem Gesetze enthalten oder gebilligt sein müsse. Eine solche Ansicht konnte sich nur in den Zeiten einer wissenschaftlichen Barbarei und in einer absoluten Despotie, oder bei revolutionären Bewegungen — (was beides Verirrungen und Abweichungen von dem historischen Boden der germanischen Staatszustände sind) — unter den Einflüssen einer mageren, dem practischen und nationalen Leben fremden Speculation bilden. Aelter als das Gesetz ist in Teutschland das Recht, das lebendige und sittliche sociale Selbstbewußtsein der Nationen, welches mit ihnen selbst geboren wird, wächst und untergeht. Darum steht das Gesetz zu dem Rechte stets nur in einem untergeordneten, suppletorischen und correctorischen Verhältnisse: es wird erst gemacht und gleichsam erfunden, wo sich im Laufe der Zeiten das Rechtsbewußtsein in Folge des erweiterten und complicirteren Verkehres und der Ueberbildung verwirrt, wodurch erst die Staatsgewalt aufgefordert wird, als ordnende äußere Autorität aufzutreten. Darum wird nie und kann nie das Rechtsleben eines Volkes von Gesetzen völlig erschöpft oder umschlossen werden — darum häufen sich überall die Gesetze erst mit der Erschlaffung der moralischen Kraft und der lebendigen Rechtsanschauung in der Nation, und es ist darum

auch umgekehrt ein wohl zu beachtendes, erfreuliches Zeichen einer verjüngten Lebenskraft, wo eine Nation aus dem Grunde zu einer Codification schreitet, um die Masse der Gesetze zu verringern und dem Rechtsleben eine neue einfache Grundlage für eine neue Aera seiner Entwickelung zu geben. Das Machen von Gesetzen ist demnach selbst nichts anderes, als nur ein Theil der Rechtsentwickelung bei den Völkern selbst, nämlich Rechtsentwickelung durch Vermittelung der öffentlichen Autorität: die Gesetzgebung soll daher auch nichts anderes zu Tage fördern, als was die Nation auch in ihrer Masse als ein (für sie) vernünftiges Recht anerkennen kann. In der Republik, wo das souveräne Volk in seiner Versammlung oder in dem Congresse seiner Repräsentanten sich selbst Gesetze gibt, ist ein Zwiespalt zwischen dem Gesetze und der nationalen Rechtsanschauung an sich unmöglich, und das Gesetz naturgemäß nur concret-erkennbarer Ausdruck dieser Letzteren, und also selbst nur eine Form der volksthümlichen Rechtsbildung. In der Monarchie dagegen erscheint die gesetzgebende Gewalt des Souveräns als ein theilweises Surrogat der im Volke selbst unzerstörlich liegenden und fortwirkenden rechtsbildenden Kraft, und geht regelmäßig erst spät in die Hände des Monarchen über, der ursprünglich regelmäßig — (wo nicht die Staatenbildung mit der Form der Despotie beginnt) — nur als der Inhaber der vollziehenden Gewalt erscheint. Selbst die vollkommenste Despotie hat zu keiner Zeit vermocht oder gewagt, der rechtsbildenden Kraft des Volkes ihre Wirkung abzusprechen, wenn sie gleich sich die Befugniß beilegte, willkürlich durch Gesetze das Herkommen und die Gewohnheit zu brechen und darum das Gesetz über die Gewohnheit stellte. (Vgl. L. 2. C. quae sit longa consuetudo. [8. 53.]) Allein gerade der Widerspruch, welcher in einer Autokratie zwischen dem von dem Staatsherrscher ausgegangenen Gesetze und der volksthümlichen Rechtsanschauung möglich ist, hat bei den germanischen Völkern zu aller Zeit die Forderung einer Theilnahme der politisch berechtigten Stände, und in neuerer Zeit, wo jeder Stand in den Besitz der bürgerlichen und politischen Freiheit getreten ist, insbesondere die Forderung einer Theilnahme des gesammten Volkes an der Gesetzgebung durch eine Repräsentation hervorgerufen, welche auch durch den Art. 13 des Grundgesetzes des gegenwärtigen politischen Zustandes von Teutschland, nämlich der teutschen Bundesacte v. 10. Juni 1815 als eine gerechte und dem historischen Rechte entsprechende anerkannt und neuerdings als practisch giltiges Recht sanctionirt worden ist. Daraus, daß das Gesetz selbst nichts anderes ist und sein kann, als eine Seite der nationalen Rechtsentwickelung und Rechtsbildung überhaupt, erklärt sich auch, warum mitunter Gesetze sofort in der Geburt ersticken, d. h. gar nicht zur practischen Anwendung gelangen, theils nach und nach außer Uebung kommen und in Vergessenheit gerathen. Kein Gesetz wirkt naturgemäß länger practisch, als es von dem Volksgeiste und von der Sitte getragen wird, d. h. nur so lange, als sein Inhalt von der Nation als dem Rechte entsprechend erkannt wird, und darum ist auch das, was die Schule eine desuetudo oder eine derogatorische Gewohnheit nennt, nichts anderes als der Triumph der ewig wirkenden und fortwährend im Stillen

sind an der östlichen und westlichen Seite vom Meere, von der Ost- und Nordsee, begrenzt, im Süden von der Elbe und Bille, im Norden von der Königsau und Schottburgerau, und von einander geschieden durch die Eider und den schleswig-holsteinischen Kanal. Die Länge beider Herzogthümer von Süden nach Norden beträgt 30 Meilen, die größte Breite Holsteins 20 Meilen, die größte Breite Schleswigs 14 Meilen, der Flächeninhalt beider ungefähr 320 Quadratmeilen. Holstein zählt nach einer Volkszählung von 1835 im Ganzen 435,590 Einwohner, wovon auf die Städte nicht mehr als 81,099 kommen; Schleswig in der Gesammtzahl 337,499 Einwohner, wovon auf die Städte 56,196 kommen; die Bevölkerung ist stark im Steigen begriffen. Das Land beider Herzogthümer ist im Ganzen eine Ebene, die in drei verschiedene Striche sich sondert: der mittlere Landrücken, großentheils Haide und Sandboden, in neuester Zeit aber immer mehr in vollständigen Anbau genommen; die hügelige Ostküste, mit sehr gutem Boden und manchen natürlichen Häfen oder Föhrden, an denen hauptsächlich die Städte entstanden, für Schifffahrt und Handel wohlbelegen, und in welcher Gegend man vorzüglich in großer Zahl die ausgedehnten adeligen Güter findet; die westliche Niederung, zum großen Theil Marsch, durch ihr Deichwesen gegen die Fluthen geschützt, durch kräftige, autonomische Landcommünen ausgezeichnet. Die Haupteintheilung des Bodens in physischer Hinsicht[1]), die auch stark auf das Gemeinwesen und die Rechtsverfassung einwirkt, ist die in Marsch oder Mersch, d. h. die dem Meere abgewonnene, fruchtbare Niederung, die sich nur auf der Westseite findet, und in Geest, d. h. das höher liegende trockenere Land. Die alte Bevölkerung des Landes ist aus sehr verschiedenen Elementen zusammengesetzt, deren Stammesverschiedenheit sich noch keineswegs ganz verwischt hat. Es wohnen in Holstein Niedersachsen und Dithmarscher, in Schleswig Niedersachsen, Angeln, Friesen und Jüten. Die wendische Bevölkerung im östlichen Holstein, in dem Lande Wagrien, hat sich schon im Mittelalter gänzlich verloren und ist in dem niedersächsischen Wesen aufgegangen. Der Hauptcharakter des Landes ist ein ehrenhaftes Bauernwesen. Dieser spiegelt sich mit allen Licht- und Schattenseiten in der Sitte und im Rechte. Ein zähes Festhalten an dem Alten und Traditionellen ist Nationalzug. Dem germanistischen Rechtshistoriker öffnet sich dort ein Feld von reichem Ertrage für seine Studien und Forschungen. Erst in der neuesten Zeit haben die legislativen Tendenzen des jetzigen Zeitgeistes sich zu regen begonnen: wir wollen hoffen, daß die Resultate nicht zum Nachtheile der angestammten Nationalität ausfallen mögen. Der heimathliche Rechtsboden birgt dort gute Keime: wir wünschen ihre freie Entfaltung, die durch mancherlei Hindernisse bewußt und unbewußt gehemmt worden, zum saftigsten und kräftigsten Baume, der die kommenden Geschlechter gedeihlich beschatte. Daß vom Mittelalter vieles in der Gerichts- und Rechtsverfassung abgethan werde, und daß die alte Landesfreiheit ihren zeitgemäßen Orga-

---

1) Kuß, Naturbeschreibung der Herzogthümer Schleswig und Holstein. Altona 1820.

:mus finde, ist freilich unerläßliche und unaufhaltsam nach Anerkennung
gende Forderung der Gegenwart, von der die Zukunft ihren ruhm-
ırdigen Aufbau erwartet.

Das neuere Herzogthum Holstein ist aus vier geschichtlich zu unterschei-
ıden Landestheilen zusammengesetzt, nämlich aus den beiden in der Mitte
egenen niedersächsischen Gauen, Holstein mit dem Hauptorte Kiel und
tormarn mit dem Hauptorte Hamburg, aus dem Lande Wagrien an
: Ostküste, bis in das zwölfte und dreizehnte Jahrhundert, wie Meck-
ıburg und die übrigen teutschen Küstenlande der Ostsee, von Slaven
wohnt, und aus dem Dithmarschergau auf der Westseite, der als selbst-
ındige Landesgemeinde sich eine mehrhundertjährige ruhmvolle Geschichte
kämpfte. Die holsteinischen Grafen besaßen bis in die Mitte des zwölf-
n Jahrhunderts, neben ihrer Stammgrafschaft Schauenburg an der
Weser, nur die beiden Gauen Holstein und Stormarn, die vermuthlich
)on in dem Carolingischen Zeitalter unter Einem Grafen vereinigt ge-
esen sind. Darauf wurde Wagrien mittelst Eroberung und Ankaufes
nzuerworben und durch Ritter und Geistliche, die dort reiche Besitzungen
hielten, wie durch zahlreiche Colonisten planmäßig germanisirt, so daß
on dem Slaventhume des Alterthums dort kaum einige Spuren in ein-
lnen Ortsnamen übrig blieben. In Holstein gibt es 14 Städte, in
Schleswig 13, deren Charakter und Organismus ebenfalls durchaus
utsch ist.

Zu Anfange des zwölften Jahrhunderts belehnte Herzog Lothar von
Supplinburg, der nachherige Kaiser, damals selbst mit dem Herzogthume
Sachsen erst vor Kurzem belehnt, den edlen Herrn Adolf von Schauen-
urg mit der erledigten Grafschaft von Holstein und Stormarn im nord-
lbischen Lande. Unter dem ersten Adolf, wie unter dem zweiten und
ritten, Vater, Sohn und Enkel, blieb die Grafschaft, damals noch
ls Reichsamt aufgefaßt, ungetheilt; aber später im dreizehnten[1]) und
ierzehnten Jahrhunderte, da der feudale Eigenthumsbegriff das öffentliche
Recht vollständig beherrschte, trat durch Theilungen des Landes mit der
Landeshoheit unter den Grafensöhnen oftmals die jämmerlichste Zerstücke-
ung ein. Merkwürdig ist es aber, daß in dieser Periode der größten
Zerrissenheit das holsteinische Grafenhaus der Schauenburger, die getrüb-
ten inneren Zustände des benachbarten Königreiches Dänemark benutzend,
die höchste Stufe der Macht und des Ansehens erreichte. Gerhard der
Große wurde 1326 mit dem Herzogthume Schleswig zum ersten Male
belehnt, und vor Ablauf des Jahrhunderts begründete sich auf feste und
dauernde Weise, nach schweren, auch später wiederholten Kämpfen, die
politische und rechtliche Vereinigung zwischen Schleswig und Holstein,
die fortwährend besteht, und die der schleswig-holsteinischen Staats- und
Rechtsgeschichte ihre eigenthümliche Substanz und ihren individuellen Cha-
rakter gibt. Seit dem Schlusse des vierzehnten Jahrhunderts stellen sich
die beiden Länder, das holsteinische und das schleswigsche, unter demsel-
ben Fürstenhause stehend, urkundlich als Einheit, als grundgesetzlich

---

1) Michelsen, über die erste holsteinische Landestheilung. Kiel 1838.

vereinigtes Schleswig-Holstein in der Verfassung dar. Diese staatsrechtliche Einheit bildete sich aber hier auf gleiche Weise, wie bei andern teutschen Territorien, durch die Festsetzung, daß die Ritter- und Mannschaft von Schleswig und Holstein-Stormarn zusammen eine ungetheilte und untheilbare Körperschaft sein sollte. Damit war, nach dem Charakter und der Staatsbildung des Mittelalters, ein fester Kern und Mittelpunkt für die Bildung der landständischen Verfassung gegeben. Unter dem letzten Landesherrn aus dem Schauenburgischen Hause gestaltete sich die Einigung Schleswig-Holsteins und die Corporation der Landstände schon in gesicherter Anerkennung und beurkundeten Rechten.

Als darauf zu Ende des Jahres 1459 das Schauenburgische Fürstenhaus mit Adolf VIII. in Schleswig-Holstein ausstarb, entstand heftiger Streit über die Nachfolge, der bei der grundgesetzlichen Verbindung der beiden Länder unter verschiedener Lehnsherrschaft und mit verschiedener Erbfolge schwer zu schlichten war. Die Landstände wählten 1460 in gemeinsamer Versammlung zum Landesherrn Christian I., Grafen von Oldenburg, der seit 1448 durch Wahl der dänischen Reichsstände König von Dänemark war. Aber bei der Erwählung wurden ihm die Landesfreiheiten und ständischen Gerechtsame zur Anerkennung und Bestätigung vorgelegt. Der König stellte demnach eine feierliche Versicherungsacte aus, welche die magna charta des schleswig-holsteinischen Territorialstaatsrechtes ist. Er bekannte darin, daß er die Landeshoheit nicht als König von Dänemark, sondern in der davon zu trennenden Qualität eines Grafen von Holstein-Stormarn und Herzogs von Schleswig durch ständische Wahl erworben habe, so wie daß die beiden Lande ungetheilt ewig beisammen bleiben sollten. In diesem Grundvertrage mit dem Stammvater des regierenden Hauses hat das öffentliche Landesrecht sein fortwährend gültiges Fundament, welches durch Vorgänge und Staatsacte der letzten vier Jahrhunderte zwar in diesem und jenem Punkte modificirt, aber niemals in seinem wesentlichen Inhalte und seiner Totalität ist aufgehoben worden. Mit Recht behaupten daher die Vertheidiger des positiven und wohlhergebrachten Landesrechtes, daß sowohl diejenige Partei, welche das Herzogthum Schleswig als einen integrirenden Bestandtheil des Königreiches Dänemark zu behandeln trachtet, als auch diejenige, welche Holstein, mit Berufung auf die teutsche Bundesverfassung, unter dem Prätexte einer mißverstandenen und confusen Teutschheit, von Schleswig trennen möchte, eine destructive Tendenz an den Tag lege.

Die beiden lehenbaren Grafschaften Holstein und Stormarn, zu denen seit Jahrhunderten Wagrien als allodiale Pertinenz hinzugekommen war, wurden darauf durch Kaiser Friedrich III. am 14. Februar 1474 zu einem Herzogthume erhoben, und in dasselbe das Land Dithmarschen, welches in dem Erzbischofe von Bremen zwar einen weltlichen Oberherrn, aber keinen eigentlichen Landesherrn hatte[8]), urkundlich incorporirt. Allein dieses, von einem kräftigen, an uralte Autonomie gewöhnten Volks-

---

8) Vgl. Michelsen, über das alte Dithmarschen in seinem Verhältniß zum Bremischen Erzstift. Schleswig 1829.

stamme bewohnt, wußte sich als freie Landesgemeinde und selbstständige Bauernrepublik zu behaupten, bis es endlich im Sommer des Jahres 1559 durch Eroberung unterworfen ward, und seitdem einen mit besonderen landschaftlichen Freiheiten ausgerüsteten Bestandtheil des Herzogthums Holstein ausmacht.

Inzwischen traten bald, ungeachtet des entgegenstehenden Versprechens in dem Grundvertrage von 1460, auch unter dem oldenburgischen Hause Landestheilungen ein [4]). Daß dabei in gewissen Beziehungen eine Gemeinschaft der Regierung unter den mehreren Landesherren und regierenden Linien des herzoglichen Hauses festgesetzt wurde, war hier wie anderwärts ein ziemlich erfolgloses Palliativmittel gegen das Unheil der Territorialzerstückelung. Die wichtigste und folgenreichste Landestheilung der beiden Herzogthümer geschah 1544, in Folge welcher zuerst drei und einige Decennien später zwei Landestheile bestanden, der königl. sonderburgische und der herzogl. gottorfische. Eine wichtige Subdivision des sonderburgischen Antheiles erfolgte darauf 1564, bei der es auf Paragien abgesehen war, so daß ein Gegensatz der regierenden und der abgetheilten Herren entstand. Allein die letzteren haben in der Folge bei ihrem eifersüchtigen Streben nach völliger Unabhängigkeit der Regierung für ihre Landestheile es weit gebracht.

Erst sehr langsam gelangte man, wie in anderen teutschen Fürstenhäusern, so auch in dem schleswig-holsteinischen Herzogshause, zur Festsetzung der Untheilbarkeit und der Individualsuccession. Zuerst wurde in der gottorfischen Linie durch eine testamentarische Disposition Herzog Johann Adolf's vom 9. Januar 1608 die Primogenitur eingeführt. Ein Gleiches geschah für die königl. Linie durch ein Hausgesetz Friedrich's III. vom 24. Juli 1650. Der letzteren ist es aber durch ein beharrliches, in der Wahl der Mittel oft höchst rücksichtsloses Streben, zum Heile des Landes allmälig gelungen, das gesammte Territorium, mit Aufhebung aller Landestheilungen, unter dem Zepter des Erstgebornen zu vereinigen. Die Reunionen des Territoriums unter die unmittelbare Landeshoheit der älteren königl. Linie haben im J. 1713 mit der Occupation des gottorfischen Antheiles von Schleswig durch König Friedrich IV. begonnen, und sind darauf in Betreff der Besitzungen der abgetheilten Herren nach und nach mit Glück und Geschick fortgesetzt worden, bis es zuletzt 1773 nach langwierigen Unterhandlungen gelang, von dem auf den russischen Kaiserthron erhobenen gottorfischen Hause den großfürstlichen Antheil des Herzogthums Holstein durch Austausch gegen die damaligen Grafschaften Oldenburg und Delmenhorst zu erwerben. Der verewigte König Friedrich VI. war der erste Herzog seit Friedrich I., der 1808 wieder über das vollkommen vereinigte, ungetheilte Schleswig-Holstein die Regierung antrat.

Allein obgleich so durch Vereinigung des Territorialbestandes und Untheilbarkeit desselben für die Zukunft mittelst grundgesetzlicher Sanction

---

4) Michelsen, über die ehemaligen Landestheilungen in Schleswig-Holstein unter dem oldenburgischen Hause. Kiel 1839.

der Individualsuccession und Primogeniturfolge der wahrhaft staatsm… Rechtsboden wieder gewonnen war, so fand doch keine Reorganisation … landständischen Verfassung statt, deren Untergang sich thatsächlich an … vorzeitige Unheil der Landestheilungen knüpfte. 1675 war der letzte … ständige Landtag gehalten worden, worauf mehrere Jahrzehnte verlief… ohne daß es wieder zu einem Landtage gebracht werden konnte. D… Mehrherrschaft und die dadurch hervorgerufene Zwieträchtigkeit verhinde… die Convocation der Stände. Endlich kam 1711 ein Landtag, um Contributionen zu bewilligen, wieder zu Stande, aber nur die Ritterscha… war dazu von den Landesherren berufen, nicht die Städte, obwohl die… gleichmäßig ein Bestandtheil und unzertrennliches Glied des landständisch… Körpers waren. Demnach blieb, als 1712 der letzte, *unvollständige* Landtag geschlossen ward, das Corps der Prälaten *und Ritterschaft* als urkundlich anerkannte Landschaft der Herzogthümer *allein übrig*[5]). Von einer Wiedererweckung des alten steuerbewilligenden Landtages war im achtzehnten Jahrhunderte, so lange die Grundsteuern unerhöht blieben, kaum die Rede; erst 1802, als zum ersten Male eine unbewilligte, auch den bis dahin exemten Rittergütern auferlegte Grundsteuer von der Regierung ausgeschrieben wurde, kam die Herstellung der ehemaligen Landstände, jedoch unter den obwaltenden Zeitverhältnissen mehr nur in der Stille und beiläufig, wieder zur Sprache. Nachdem aber der Artikel 13 der teutschen Bundesacte den Bundesstaaten landständische Verfassung zugesagt hatte, wurde auch bald in Holstein die Wiederherstellung der früheren Landesverfassung in zeitgemäßer Form, sowohl durch eine dem Landesherrn übergebene Vorstellung, als auch durch eine Reihe von Druckschriften[6]) kräftig angeregt. Eine königliche Resolution vom 16. Juli 1816 berief deßhalb eine Commission, um für das Herzogthum Holstein als teutschen Bundesstaat eine Verfassung vorzubereiten, aber ihre wiederholten Versammlungen in Kopenhagen während der folgenden Jahre blieben ohne Resultat. Es wurde daher nach Verlauf von fünf Jahren von der holsteinischen Ritterschaft der Weg des Recurses an die teutsche Bundesversammlung eingeschlagen, und eine motivirende Druckschrift[7]) überreicht, die in energischer und gediegener Darstellung die Bundesversammlung um ihre hohe Vermittelung zur Wiederherstellung der holsteinischen Verfassung in ihrer ganzen, namentlich auch auf die Verbindung mit dem Herzogthume Schleswig bezüglichen Ausdehnung, in Gemäßheit des Artikels 56 der Wiener Schlußacte, ersuchte. Allein von der Bundesversammlung wurden schließlich durch definitive Abstimmung am 27. November 1823 die Reclamanten

5) Vgl. Dahlmann's urkundliche Darstellung des dem schleswig-holsteinischen Landtage kraft der Landesgrundverfassung zustehenden, anerkannten Steuerbewilligungsrechtes. Kiel 1819.

6) Ein Verzeichniß derselben gibt Falck's staatsb. Magazin I. S. 424.

7) Denkschrift der Prälaten und Ritterschaft des Herzogthums Holstein, der hohen teutschen Bundesversammlung überreicht. Frankfurt 1822. Folio. — 1840 ist sie, zu Stuttgart bei Krabbe in 8. gedruckt, in den Buchhandel gekommen. Sie ist verfaßt von Dahlmann, als damaligem Secretär der fortwährenden Deputation der schleswig-holsteinischen Ritterschaft.

mit ihrer Berufung auf den Artikel 56 der Wiener Schlußacte in der Hauptsache abgewiesen. Darauf ruhte das Verfassungswerk in Holstein abermals sieben Jahre lang, bis das verhängnißvolle Jahr 1830 es wieder aufweckte. Aber nicht von der Ritterschaft, sondern aus der Mitte des Bürgerstandes[8]) ging jetzt die Anregung der zeitgemäßen Verfassungsreform[9]) aus. Das Ergebniß war, ohne daß Gewaltthätigkeiten oder Volksaufstände irgend einer Art stattgefunden hätten, zuvörderst das allgemeine Gesetz wegen Einführung berathender Provinzialstände vom 28. Mai 1831 für Holstein und für Schleswig, bei welchem das allgemeine Gesetz[10]) wegen Anordnung der Provinzialstände in der preußischen Monarchie vom 5. Juni 1823 durchweg als Norm benutzt worden ist. Aber nicht allein für die teutschen Herzogthümer Schleswig und Holstein, sondern auch für das dänische Königreich wurde gleichfalls unterm 28. Mai 1831 ein wesentlich gleichlautendes dänisches Gesetz über die demnächstige Einführung von Provinzialständen erlassen. Es wurde in jenem allgemeinen Gesetze die Einrichtung der Provinzialstände angekündigt, und zwar so, daß sie sich als berathende Stände in jedem Herzogthume für sich versammeln sollten, jedoch mit völlig gleichen Befugnissen und Pflichten. Diese Provinzialstände sollten aus gewählten, so wie aus landesherrlich ernannten Mitgliedern bestehen, und das gesetzmäßige Organ der verschiedenen Stände der Unterthanen in jedem Herzogthume bilden. Als allgemeine Bedingung des Wahlrechtes wie der Wählbarkeit wurde das Land- und das städtische Grundeigenthum aufgestellt. Der Ständeversammlung sollten künftig die Entwürfe solcher allgemeinen Gesetze, welche Veränderungen in Personen- und Eigenthumsrechten und in den Steuern und öffentlichen Lasten zum Gegenstande hätten, so weit sie Ein Herzogthum allein angingen, der ständischen Versammlung dieses Herzogthums, so weit sie aber beide Herzogthümer beträfen, beiden ständischen Versammlungen der Herzogthümer zur Berathung vorgelegt werden[11]). Die ständische Versammlung für jedes Herzogthum sollte befugt sein, nicht nur in Ansehung der zu ihrer Wirksamkeit gehörigen Gegenstände Vorschläge und Anträge zu stellen, sondern auch Bitten und Beschwerden, welche auf das specielle Wohl und Interesse des ganzen Herzogthums oder eines Theiles desselben Beziehung hätten, anzubringen. Die Communalangelegenheiten in jedem Herzogthume sollten, unter Vorbehalt der lan-

8) Vgl. H. Eichwald, die öffentlichen Handlungen der schleswig-holsteinischen Ritterschaft von 1815 bis 1838. Kiel 1839.

9) S. die Verzeichnisse der Verfassungsliteratur in Schleswig-Holstein von Schröder in Falck's neuem staatsb. Magazin I. S. 389, II. S. 654, IV. S. 320 flg.

10) Man vgl.: Zusammenstellung der für Preußen und die Herzogthümer Schleswig und Holstein erlassenen allgemeinen Gesetze wegen Anordnung von Provinzialständen, mit Bemerkungen. Leipzig 1831. — Klenze, Versuch über die Bedeutung der Provinzialstände mit besonderer Beziehung auf den dänischen Staat. I. Von den preußischen Provinzialständen. Altona 1832.

11) A. F. Krieger, de legibus ad ordines provinciales secundum quartam constitutionis d. 28. m. Maii A. 1831 datae paragraphum referendis. Havniae 1841.

landesherrlichen Aufsicht und Genehmigung, den Beschlüssen der ständischen Versammlung überlassen, so wie derselben die Befugniß beigelegt sei, die Repartition der in jedem Herzogthume zu entrichtenden, nicht bereits gesetzlich regulirten Anlagen über die contribuirenden Districte selbst zu beschaffen und die Art der Vertheilung zu bestimmen. Abänderungen in der Einrichtung der Provinzialstände sollten in Zukunft nur nach vorgängiger Berathung mit den Ständen getroffen, für jedes Herzogthum aber demnächst besondere Vorschriften zur näheren Regulirung der ständischen Verhältnisse erlassen werden. Es ist sehr natürlich, wenn man in den deutschen Herzogthümern, wo man der althergebrachten *Landesrechte* gedachte, über die Verheißung der berathenden *Provinzialstände nicht* die Freude empfinden konnte, wie in dem dänischen *Königreiche, wo bekanntlich* die absolute und unumschränkteste Monarchie *grundgesetzlich besteht*. Auch wurde in diesem Sinne von der fortwährenden *Deputation* der schleswig-holsteinischen Ritterschaft unterm 7. Juli 1831 eine Adresse eingereicht, welche eine feierliche Verwahrung der alten Landesrechte und der ritterschaftlichen Gerechtsame vor den Thron brachte, und in dem allgemeinen Gesetze vom 28. Mai nur eine allerhöchst verfügte, aus freier landesherrlicher Macht hervorgegangene administrative Maßregel erkannte. Inzwischen berief die Regierung eine größere Anzahl von sogen. erfahrenen Männern nach Kopenhagen zur Berathung über die specielle Organisation der Provinzialstände, worauf die besonderen Gesetze zur näheren Regulirung der ständischen Verhältnisse vom 15. Mai 1834 publicirt wurden. Nach denselben findet alle zwei Jahre für Holstein zu Itzehoe, für Schleswig in der Stadt Schleswig eine Ständeversammlung statt, die ohne Oeffentlichkeit gehalten wird, deren Verhandlungen nur in ihren Hauptresultaten eine Ständezeitung bekannt macht. Das Wahlgesetz hat die Wahlen, welche unmittelbare Primärwahlen sind, mit einer einfachen Wahlhandlung nach drei Classen bestimmt, der Classe der Gutsbesitzer, wobei es auf den Geburtsstand nicht ankommt, der Städter und der Bauern. Die Mitglieder für die Ritterschaft als Corporation, wie für die Geistlichkeit als Stand und für die Landesuniversität zu Kiel werden nicht gewählt, sondern landesherrlich ernannt. Zu den wichtigsten und umfassendsten Gesetzen, welche nach Berathung mit den Ständen bisher publicirt wurden, gehört namentlich eine neue Sabbathsordnung, eine Gesindeordnung, und vor allen die neue Zollverordnung vom 1. Mai 1838, mit Aufhebung aller Zollprivilegien, für die jedoch Entschädigung aus der Staatscasse stattgefunden hat. Für die Ausarbeitung eines neuen Strafgesetzbuches ist eine Immediatcommission bestellt, die schon seit ein paar Jahren in Kiel unter dem Vorsitze des Präsidenten des Oberappellationsgerichtes von Zeit zu Zeit ihre Sitzungen hält zur Berathung des den Ständeversammlungen demnächst vorzulegenden Entwurfes. Eine neue Communalordnung für Stadt- und Landgemeinden wird ebenfalls vorbereitet, und manche andere Reformen, welche nach den gegenwärtigen Zeitverhältnissen unerläßlich erscheinen, sind noch im Werke. Eine lebhafte Erregung des Gemeingeistes, wie sie sich in neuester Zeit unverkennbar kundgegeben hat und hoffentlich sich immer mehr bethätigen wird,

kommt dabei der Regierung zu Hilfe. Die große Mannigfaltigkeit und Verschiedenartigkeit der Rechte und Rechtszustände, in ihrem Innern nach manchen Richtungen hin abgestorben, wird dabei einer zeit- und zweckgemäßen, und daher in der That lebensvolleren Einheit in vielfacher Beziehung weichen müssen, nicht nach abstracten Begriffen und modernen Kategorien, aber nach einsichtiger und unbefangener Auffassung und practischer Würdigung der lebendigen Volks- und Landesverhältnisse.

Auch das Justizwesen[12]) und die Rechtspflege, so wie die ganze Landesverwaltung Schleswig-Holsteins, hat im Jahre 1834 eine höchst bedeutsame und tief eingreifende Reform erfahren, gleichzeitig mit der speciellen Gesetzgebung über die Einrichtung und den Wirkungskreis der Provinzialstände. Die Gerichtsverfassung der Herzogthümer hat zufolge der historischen Composition des Territoriums, der vielerlei localen Verschiedenheiten, der zahlreichen Privilegien und Singularitäten einen möglichst complicirten Charakter. Die Zahl vereinzelter Gerichtsbarkeiten und besonderer Jurisdictionsverhältnisse ist übermäßig. Ein vor einigen Jahren von einem Sachkundigen herausgegebenes topographisches Verzeichniß[13]) der verschiedenen Gerichtsbarkeiten des Herzogthums Holstein zählt deren nicht weniger als 260 auf. Man kann sich daher fürwahr nicht wundern, wenn in neuester Zeit sehr oft der Wunsch nach einer einfacheren und verhältnißmäßigeren Vertheilung des ganzen Landes in größere und minder zahlreiche Gesammtbezirke laut geworden ist. Was die eigentlichen Obergerichte anlangt, so gab es zu Ende des Mittelalters sowohl in Schleswig wie in Holstein zwei landesherrliche Obergerichte, nämlich das Landgericht und ein Oberamtsgericht für jedes Amt und jede Landschaft. Das Landgericht stand in Verbindung mit dem Landtage, bis 1564 für die Rechtspflege ein eigenes, aus landesherrlichen Räthen bestehendes Landgericht angeordnet wurde, und erst in der letzten Hälfte des sechszehnten Jahrhunderts entstanden die Canzleien und Hofgerichte, nach dem Muster der Reichsgerichte und gleichartiger Collegien in benachbarten teutschen Territorien organisirt. Aber diese Justizcanzleien und Hofgerichte, nach und nach in allen Landestheilen errichtet, wurden alsbald die eigentlichen und ordentlichen Obergerichte, die Oberamtsgerichte völlig und die Landgerichte großentheils zurückdrängend. Hierin liegt der Ursprung der noch bestehenden beiden Oberdicasterien, für Holstein in Glückstadt, für Schleswig auf Gottorf, welche aber durch landesherrliche Verordnungen vom 15. Mai 1834 eine wesentlich veränderte Stellung und neue Einrichtung erhalten haben. Sie bilden jetzt für die städtischen und ländlichen Districte in allen Arten von Sachen Gerichte zweiter Instanz, mit alleiniger

---

12) Man vgl. Falck's Handbuch des schleswig-holsteinischen Rechtes, dessen dritten Bandes erste Abtheilung, 1835 erschienen, die Gerichtsverfassung der Herzogthümer nach ihrer geschichtlichen Bildung und jetzigen Gestalt sehr gründlich darstellt.

13) Schiff, Versuch eines Verzeichnisses der verschiedenen Gerichtsbarkeiten des Herzogthums Holstein in einer durch die topographische Lage bestimmten Reihenfolge. Kiel 1831.

Ausnahme der inquisitorischen Criminalprozesse, da in diesen die Acten regelmäßig behufs der Entscheidung an die Obergerichte als die erkennenden Criminalgerichte eingesandt werden. Für die Privilegirten sind sie Gerichte erster Instanz. Ueber ihnen besteht das neu eingerichtete Oberappellationsgericht. Die adeligen Landgerichte, für die Ritterschaft und die Besitzer adliger Güter, sind ein Annex der Obergerichte. Durch jene Verordnungen sind aber die Oberdicasterien reine Justizbehörden geworden, indem in Bezug auf sie eine Trennung der Justiz von der Administration eintrat, so daß ihnen neben der unmittelbaren Rechtspflege nur einzelne administrative Geschäfte, die mit der Justizverwaltung genau zusammenhängen, verblieben sind, wie die Aufsicht über das Vormundschaftswesen und über die Hypothekenbücher. Jedes dieser beiden Obergerichte besteht aus einem Director und sechs Räthen. Zur Entscheidung der Rechtssachen, welche im ordentlichen Prozesse mündlich verhandelt werden, finden vierteljährlich öffentliche Sitzungen statt. Für alle geistliche, Civil- und Criminalsachen ist jetzt, als höchste Instanz, das Oberappellationsgericht für die Herzogthümer Schleswig, Holstein und Lauenburg constituirt, welches in Kiel seinen Sitz hat und am 1. October 1834 eröffnet ward. Die bisher noch provisorische Gerichtsordnung[14]) desselben datirt vom 15. Mai 1834. Es besteht aus einem Präsidenten und acht Räthen, nebst zwei außerordentlichen Assessoren. Das Verfahren vor dem Oberappellationsgerichte ist zwar bis jetzt ein schriftliches, aber nur einstweilen, indem die Gerichtsordnung selbst ein öffentliches und mündliches Verfahren, welches auch in Schleswig-Holstein von jeher dem Grundsatze nach die allgemeine Regel bildete, für die Zukunft verheißt, worauf auch gleich bei der Einrichtung des für die Sitzungen bestimmten Locales Rücksicht genommen worden.

Für die in Bezug auf die Oberbehörden von der Justiz abgesonderte Administration wurde gleichzeitig mit dem Oberappellationsgerichte in Kiel das Regierungscollegium auf Gottorf für Schleswig und Holstein gestiftet, so daß die beiden seit Jahrhunderten grundgesetzlich verbundenen Herzogthümer nunmehr sowohl für die Rechtspflege, wie für die Verwaltung eine gemeinschaftliche Oberbehörde im Lande selbst erhalten haben. Aber die höchsten Administrativbehörden haben ihren Sitz in der landesherrlichen Residenzstadt Kopenhagen, und diese sind, mit Ausnahme der schleswig-holstein-lauenburgischen Canzlei, durchgängig Collegien, welche das Königreich Dänemark mit den teutschen Herzogthümern gemeinschaftlich hat, namentlich der Geheime Staatsrath, das Departement der auswärtigen Angelegenheiten, die Finanzdeputation, die Direction für die Staatsschulden, die Direction für die allgemeine Pensionscasse, die Admiralität und Generalität, die Rentekammer, das Generalzollkammercollegium, die Generalpostdirection u. a. In Bezug auf die obere Verwaltung der geistlichen Sachen hat jedes Herzogthum einen Generalsuperintendenten und

---

14) Vgl. Bemerkungen zu der provisorischen Gerichtsordnung des Oberappellationsgerichtes zu Kiel, von dem Oberappellationsgerichtsrathe Dr. Brinkmann, in Falck's n. staatsb. Magaz. IV. S. 1 flg.

ein Oberconsistorium, welches das Obergericht mit mehreren geistlichen Beisitzern ist. Aber die im Jahre 1834 eingetretene Reform des Justizwesens, verbunden mit der Trennung der Justiz von der Administration, hat auch hier eingewirkt, so daß den Oberconsistorien jetzt nur die mit der geistlichen Rechtspflege verknüpften Geschäfte zufallen, während die kirchlichen Administrativsachen einer geistlichen Abtheilung der Regierung auf Gottorf zugewiesen sind. Schleswig zerfällt übrigens in 12 Aemter und drei Landschaften, Holstein zählt 16 Aemter, zwei Landschaften, zwei Herrschaften und eine ehedem eine kurze Zeit hindurch reichsunmittelbare Grafschaft. Dazu kommen die 14 Städte in Holstein und 13 Städte in Schleswig, so wie die adligen Güter, deren Zahl in Holstein 142 beträgt, die in vier Districte eingetheilt sind, in Schleswig 120, in sechs Districte getheilt, daneben in Holstein drei Districte der Klöster oder ritterschaftlichen Fräuleinstifter, in Schleswig ein adliges Kloster. Das Herzogthum Holstein hat 137 Pfarrkirchen und 18 Capellen; es zerfällt in Ansehung der kirchlichen Aufsicht und Verwaltung in 12 Propsteien, d. h. Superintendenturen; es zählt 6 gelehrte Schulen und 1052 Bürger- und Landschulen. Schleswig dagegen hat 274 Kirchen, so daß im Durchschnitt auf etwa 1240 Menschen eine Kirche kommt, während in Holstein mit nur halb so vielen Kirchen bei einer weit größeren Einwohnerzahl auf 3144 Menschen eine Kirche durchschnittlich zu rechnen sein würde. Die Kirchspiele oder Parochien sind aber unter sich an Volkszahl, wie an Umfang und Ausdehnung durchweg außerordentlich verschieden, unter den holsteinischen Kirchspielen besonders manche übergroß. Die kirchliche Gemeindeverfassung beruht meistens auf dem Herkommen; die größte Gemeindefreiheit findet sich in den Marschen. Ein großer Theil der Gemeinden hat noch das Recht der Predigerwahl behauptet[15]). In jedem Propsteidistricte findet man durchgehends ein Unterconsistorium. Die lutherische Confession ist in beiden Herzogthümern die herrschende; die Zahl der fremden Religionsverwandten belief sich im Herzogthume Schleswig nach der Volkszählung von 1835 im Ganzen auf nicht mehr als 1359 Seelen, und auch in Holstein sind ihrer nur wenige Tausende, Reformirte, Katholiken, Menoniten, und die Zahl der Juden betrug in Holstein 3137[16]).

Werfen wir hier noch einen summarischen Ueberblick auf die Quellenkunde des schleswig-holsteinischen Rechtes, so ist in dieser Beziehung, wie oben schon angedeutet worden, vor allem zu bemerken, daß die Menge und Mannigfaltigkeit der Quellen, auch abgesehen von der höchst voluminösen Sammlung der landesherrlichen Verordnungen und Verfügungen, ungemein groß ist. Da aber, seitdem die landesherrliche Gesetzgebung

15) Vgl. Michelsen, Entstehung und Begründung der Predigerwahl in Schleswig-Holstein als protestantischer Norm. Kiel 1841.

16) Ueber das Kirchenwesen der Herzogthümer wird sehr detaillirte Auskunft gegeben in: Lübkert, Vers. einer kirchlichen Statistik Holstein's, und Jensen, Vers. einer kirchl. Statistik des Herzogthums Schleswig. Flensburg 1840—42.

thätiger auf die Rechtsbildung einwirkte, die staatsrechtliche und administrative Verbindung der Herzogthümer bestanden hat, auch das rechtswissenschaftliche Studium der Schleswiger und Holsteiner ein ungetrenntes war, und beide Herzogthümer auch jetzt ein gemeinsames höchstes Gericht haben, so sind sie für die Rechtsgeschichte wie für die Rechtsdogmatik ein einziges Gebiet, eine wahre Einheit, so daß die juristische Literatur für beide dieselbe ist. Aber die ursprüngliche Stammesverschiedenheit der Bevölkerung hat statutarische Eigenthümlichkeiten und Verschiedenheiten erzeugt, die noch fortwährend auf das geschriebene und ungeschriebene Recht erheblichen Einfluß äußern. Ein schöner und hervorragender Zug des Rechtslebens ist in beiden Herzogthümern, in manchen Districten, eine große Freiheit des Bauernstandes und der bäuerlichen Verhältnisse, jedoch mit Ausnahme der unter adliger Gutsherrschaft stehenden Bauern, die oft noch als Zeitpächter in großer Abhängigkeit sich befinden, obgleich die ehemalige Leibeigenschaft dieser Gutsbauern mit dem Anfange unsers Jahrhunderts vollkommen ist aufgehoben worden[17]). In Schleswig gilt als gemeines Landrecht das Jütsche Low, ein Gesetzbuch König Waldemar's II. von 1241, in einer plattteutschen Uebersetzung aus dem Ende des sechszehnten Jahrhunderts; in Holstein der Sachsenspiegel, aber unter Sachsenrecht wird hier nur das Landrecht, nicht das Lehnrecht verstanden. Lehngüter kommen auch weder in Holstein noch in Schleswig vor. Als eine reichhaltige[18]) Quelle strömt in Schleswig-Holstein auch fortwährend das lebendige Gewohnheitsrecht, der Landesgebrauch wie die landschaftliche und örtliche Rechtssitte und Observanz. Ueber den Beweis des Gewohnheitsrechtes gelten aber auch hier jetzt die Grundsätze des gemeinen Rechtes, so daß die Parteien eine zweifelhafte Rechtsgewohnheit auf gewöhnliche Weise zu beweisen haben, während es ehedem den Gerichten oblag, von Amtswegen sich nach den Landesgewohnheiten zu erkundigen, so wie auch in älterer Zeit der Beweis unmittelbar auf die gewohnheitsmäßigen Rechtssätze selbst und nicht auf die speciellen Facta, aus denen die Gewohnheit erkannt werden soll, gerichtet ward. Daß durch diese neueren Grundsätze, aus der gemeinen teutschen Doctrin hergenommen, der Beweis von Gewohnheiten, die nicht durchaus kundbar sind, sehr erschwert und dadurch die practische Geltung des Gewohnheitsrechtes in manchen Fällen beschränkt werden muß, bedarf keiner weiteren Ausführung. Ehemals war auch die Autonomie der Gemeinden in den Städten und auf dem Lande für die Rechtserzeugung von großer Bedeutung, und noch immer hat sie sich nicht ganz und gar verloren. Besonders beruhte bei den Nordfriesen an der Westküste des Herzogthumes Schleswig, wie bei den freien Dithmarschern auf der Westseite Holsteins, das heimathliche Recht bis über das

17) Wie in diesem Rechtslexikon unter dem Art. Bauer und Bauergüter J. Scholz der Dritte hat behaupten können, daß in Holstein noch jetzt gewissermaßen leibeigene Bauern vorkommen, ist uns unbegreiflich.

18) Vgl. Falck, Bemerkungen über die Quellen des vaterländischen Rechtes, im staatsb. Magazin I. S. 356—379, II. S. 738—758.

Mittelalter hinaus fast allein auf communaler Autonomie. Die wichtigsten der alten autonomischen Gesetze der Nordfriesen, so weit sie noch handschriftlich vorhanden, sind jetzt neu herausgegeben in v. Richthofen, Sammlung friesischer Rechtsquellen S. 560—582. Die alten Rechte des Landes Dithmarschen hat der Unterzeichnete gesammelt und neulich herausgegeben unter dem Titel: Sammlung altdithmarscher Rechtsquellen. Altona 1842.

Die holsteinischen Städte, Altona allein ausgenommen, sind mit lübischem Rechte bewidmet, wie ebenfalls im Herzogthume Schleswig die Städte Tondern und Burg auf Fehmern. Daß dort das revidirte lübische Recht von 1586 gebraucht wird, ist durch die Praxis entschieden. Die schleswigschen Städte Schleswig, Flensburg, Apenrode, Hadersleben, haben jede ihr eigenes Stadtrecht aus dem Mittelalter[19]), welches noch gilt; die Städte Eckernförde, Husum, Friedrichstadt, haben neuere Stadtrechte von 1632, 1608, 1633.

Neben diesen städtischen Statuten sind als besonders merkwürdig ferner das Nordstrander Landrecht von 1572, welches in hochteutscher Uebersetzung fortwährend in mehreren Gebietstheilen des alten Nordfrieslands gilt, das neue Dithmarscher Landrecht von 1567 und das Eiderstedter Landrecht von 1591 zu erwähnen. Das Dithmarscher Landrecht liegt fast durchweg dem Eiderstedter zu Grunde. Jenes ist aber noch in plattteutscher Sprache abgefaßt; beide verweisen auf die gemeinen geschriebenen Rechte als Hilfsrecht.

Eine Sammlung der schleswigschen Land- und Stadtrechte ist herausgegeben von C. L. v. Brockdorff und F. L. v. Eggers, als: Corpus Statutorum Slesvicensium (Schleswig 1794—99), 3 Thle. 4. Eine gleichartige Sammlung für Holstein ist F. D. C. v. Cronhelm's Corpus Statutorum Provincialium Holsatiae. Altona 1750. 4. Was die Sammlung der landesherrlichen Verordnungen betrifft, so wurde bereits 1736 die Veranstaltung einer allgemeinen Sammlung der Landesgesetze vorgeschrieben. Das schleswigsche Corpus Constitutionum ist jedoch, obgleich lange vorbereitet, nicht zu Stande gekommen. Dagegen das holsteinische Corpus Constitutionum für den königl. Landestheil erschien 1749 flg. in drei Quartbänden. Es enthält die Verordnungen bis zum Ausgange des Jahres 1747, und zwar der erste Band die allgemeinen Verordnungen, der zweite die speciellen für die Aemter und Landschaften, der dritte die für die Städte. Einen Nebenband dazu bildet das eben erwähnte Corpus Statutorum Holsaticorum, worin man 1) die schleswig-holsteinische Kirchenordnung von 1542 findet, auf einem zu Rendsburg gehaltenen Landtage von den Ständen angenommen, eine plattteutsche Umarbeitung der dänischen Kirchenordnung von 1539; 2) die schleswig-holsteinische Landgerichtsordnung, die zuerst 1573 publicirt, hernach 1636 revidirt worden ist, eine allgemeine Prozeßordnung für

19) Vgl. Falck's Handb. des schleswig-holst. Rechtes I. S. 375 flg. — Kolderup-Rosenvinge's Danske Gaardsretter og Stadsretter (Kopenh. 1827), S. 311—470.

Schleswig und Holstein, zuletzt herausgegeben von Tönsen zu Schleswig 1821 in 4. mit einigen Anhängen; 3) die schauenburgische Hofgerichtsordnung von 1639, die noch jetzt Gesetzeskraft hat in dem Landestheile des südlichen Stormarns, der bei den Erbtheilungen in dem holsteinischen Fürstenhause der Schauenburger an die Weser'sche Linie des Hauses gefallen war, und ihr bis zu ihrem Aussterben im Mannsstamme 1640 verblieb; 4) das Dithmarscher Landrecht von 1567, nach der Eroberung des Landes und Einverleibung in das Herzogthum Holstein von den neuen Landesherren gegeben, mit Benutzung des alten Dithmarscher Landrechtes, großentheils aus der derzeitigen romanisirenden Doctrin des gemeinen Rechtes geschöpft; 5) das alte lübische Recht nach dem Codex der Stadt Segeberg, der aber zum Theil Hamburgisches Stadtrecht enthält, und 6) das revidirte lübische Recht von 1586. Eine chronologische Sammlung der landesfürstlichen Verordnungen und Verfügungen erscheint zu Kiel; sie begann 1756 und wird jährlich fortgesetzt. Eine systematische, umfassende Sammlung hat gleichfalls seit 1827 ihren Anfang genommen. Der Repertorien, Verzeichnisse und allgemeinen Uebersichten der Verordnungen sind mehrere vorhanden [20]). Sehr lehrreich für die Kenntniß der Praxis sind die schleswig-holsteinischen Anzeigen, besonders nachdem 1834, bei der Reform des Justizwesens, den Obergerichten und dem Oberappellationsgerichte vorgeschrieben worden, ihren Erkenntnissen die Entscheidungsgründe beizufügen. Es theilen diese Blätter regelmäßig jetzt in einer neuen Folge bemerkenswerthe, von den Obergerichten in Schleswig und Glückstadt entschiedene Rechtsfälle mit, so wie darin auch die neu promulgirten Gesetze aufgenommen werden; sie erscheinen seit 1750 [21]). Vor Kurzem hat sich ein schleswig-holsteinischer Advocatenverein gebildet und eine Zeitschrift für die practische Jurisprudenz des Inlandes angekündigt. Als eine sehr inhaltsreiche Zeitschrift ist das staatsbürgerliche Magazin von Falck hier zu nennen, welches alle vaterländischen Angelegenheiten behandelt, daher auch Untersuchungen über das Landesrecht in seinen Kreis zieht, und manche wahrhaft gediegene Erörterungen über das heimathliche Staats- und Privatrecht geliefert hat. Es ist diese Zeitschrift seit 1821 in 20 starken Bänden an das Licht getreten, gedruckt und verlegt im Taubstummeninstitut zu Schleswig, und erscheint gegenwärtig in einer dritten Folge in der Schwers'schen Buchhandlung zu Kiel unter dem neuen Titel: Archiv für Geschichte, Statistik, Kunde der Verwaltung und Landesrechte der Herzogthümer Schleswig, Holstein und Lauenburg.

Zu den in den Herzogthümern oder in einzelnen Districten derselben geltenden Rechtsquellen, deren Giltigkeit auf Reception beruht, gehört ferner die peinliche Gerichtsordnung Karl's V. im Herzogthume Schleswig,

---

20) S. Falck a. a. O. S. 137.

21) Falck hat eine eigene Sammlung der wichtigsten Abhandlungen zur Erläuterung der vaterländischen Geschichte und des vaterländischen Rechtes, welche früher in den schleswig-holsteinischen Anzeigen erschienen sind, mit Anmerkungen herausgegeben zu Tondern 1819 flg., 3 Thle. 8.

elches niemals ein Territorium des [illegible]tschen Reiches war, so wie in
nigen Städten desselben Herzogthums, namentlich in Flensburg und
Sonderburg, das dänische Seerecht, wie es sich in dem Gesetzbuche
König Christian's V. von 1683 findet. In der Stadt Husum ist da-
egen das Wisbyer Seerecht aufgenommen, nach einer Bestätigung des
Statuts von 1582, welches im Mittelalter auch im Königreiche Däne-
mark gebraucht ward. In der dicht vor Hamburg gelegenen holsteinischen
Stadt Altona sind die Kopenhagener Wechselordnung von 1681 und die
Hamburger Assecuranz- und Havereiordnung von 1731 recipirt. Auch
aben einige holsteinische Statuten in Districten des Herzogthums Schles-
wig, und umgekehrt schleswigsche Statutarrechte in Districten des Her-
zogthums Holstein Aufnahme gefunden.

Ein Hauptunterschied und Gegensatz zwischen der holsteinischen und
schleswigschen Rechtsverfassung scheint in Ansehung der Reception des
römischen und canonischen Rechtes in den weltlichen Gerichten der Her-
zogthümer zu bestehen. In Holstein erfolgte die Aufnahme zwar später
als in sehr vielen anderen teutschen Territorien, indem die Volksgerichte
hier lange in voller Wirksamkeit blieben, ja noch immer nicht ganz und
gar abgekommen sind, aber allmälig wurde sie durch den Einfluß der
Civilisten und der rechtsgelehrten Hofgerichte auf gleiche Weise wie im
teutschen Reiche überhaupt zu Stande gebracht. Die erste Anerkennung
des gemeinen Rechtes als einer subsidiarischen Entscheidungsnorm findet
sich in dem von dem gottorfischen Hofcanzler Adam Thraziger ver-
faßten Dithmarscher Landrechte von 1567; die practische Giltigkeit für
das ganze holsteinische Territorium stützt sich auf Vorschriften der gelten-
den allgemeinen Gerichtsordnungen [22]). Hingegen im Herzogthume Schles-
wig ist es zu einer allgemeinen Annahme und Anerkennung des gemeinen
Rechtes nicht gekommen; jedoch ist es theils für mehrere Districte durch
die dortigen Statuten für subsidiarisches Recht erklärt, nämlich in dem
Eiderstedter Landrechte und in den Stadtrechten von Husum und Friedrich-
stadt, theils gilt es in Bezug auf manche Verhältnisse und große Partien
des Rechtssystems im ganzen schleswigschen Territorium als recipirt. Da-
hin gehören nicht allein die geistlichen Sachen, sondern auch alle Crimi-
nalsachen, in Folge der Aufnahme der Carolina, die im Art. 105 ganz
allgemein auf das römische Recht verweist. Nicht minder ist, in Ge-
mäßheit der schleswig-holsteinischen Landgerichtsordnung, das gemeine
Recht für Schleswig in Rücksicht auf den Prozeß als geltend anzusehen,
so wie sich für die Anwendung desselben in gewissen Materien des Pri-
vatrechtes, wie in der Lehre von den Testamenten und dem Pflichttheile,
der Gerichtsgebrauch entschieden fixirt hat. Und abgesehen von dieser
förderlichen Reception in einzelnen Landestheilen und in Bezug auf ein-
zelne Rechtsverhältnisse, wirkte gleichmäßig für Schleswig wie für Hol-
stein die durchweg romanisirende gemeine Doctrin und Praxis Teutsch-
lands, so daß, ungeachtet das Allegiren fremder Rechte in fürstlichen
Gerichtsordnungen verboten wurde, auch im Herzogthume Schleswig die

22) Vgl. Falck's Handb. I. S. 131.

Rechtspraxis meistens im corpus juris civilis Heil und Hilfe gesucht hat und noch sucht.

Das schleswig-holsteinische Landesrecht kann sich einer verhältnißmäßig sehr gehaltvollen Literatur rühmen. Sehr bald nach der Stiftung der Landesuniversität zu Kiel 1665 wurden darüber besondere Vorlesungen gehalten, anfänglich auf die Quellenkunde und die äußere Rechtsgeschichte sich beschränkend, bis Winkler auch die Rechtsdogmatik vortrug, dem 1768 von der Regierung die Abfassung eines Lehrbuches der Landesrechte aufgetragen ward, welches jedoch nicht erschienen ist. Trendelenburg verband in seinen Vorträgen seit 1776 die Landesrechte mit dem teutschen Privatrechte. Darauf machte sich Schrader als Docent und als Schriftsteller auf diesem Gebiete besonders verdient; seine hierher gehörigen allgemeinen Werke sind: Handbuch der vaterländischen Rechte (Altona 1784—1793 und Schleswig 1819), 4 Thle. in 4.; Lehrbuch der schleswig-holsteinischen Landesrechte (Kiel 1800—1806), 3 Thle. in 8. Das höchste Verdienst hat sich aber in unseren Tagen Falck erworben, der die rechtswissenschaftliche Literatur der Herzogthümer durch eine ganze Reihe von eigenen Schriften und Sammlungen der Schriften Anderer bereicherte und dadurch in Wahrheit zu einer neuen Stufe der Entwickelung erhob. Sein Hauptwerk ist das Handbuch des schleswig-holsteinischen Rechtes, von dem bis jetzt drei Bände in vier Theilen erschienen sind. Der erste Band enthält eine Staats- und Rechtsgeschichte der Herzogthümer; der zweite gibt eine Geschichte der Staatsverfassung und Staatsverwaltung als innere Rechtsgeschichte, während im ersten die äußere Rechtsgeschichte behandelt wird; der dritte in seiner ersten Abtheilung eine historisch-dogmatische Darstellung der Gerichtsverfassung, in der zweiten Abtheilung eine geschichtliche Uebersicht der Kriegsverfassung, des Steuerwesens, der kirchlichen Verfassung und des Criminalrechtes; mit dem vierten Bande, 1840 erschienen, hat die Darstellung des geltenden schleswig-holsteinischen Privatrechtes begonnen, es sind darin die allgemeinen Lehren und das Personenrecht bereits abgehandelt. Neben diesem durch die umfassendste und vielseitigste Gelehrsamkeit sich auszeichnenden Hauptwerke von Falck möchten hier noch zu nennen sein: 1) für das schleswig-holsteinische Staatsrecht: Dahlmann, urkundliche Darstellung des dem schleswig-holsteinischen Landtage zustehenden Steuerbewilligungsrechtes. Kiel 1819. Falck, das Herzogthum Schleswig in seinem gegenwärtigen Verhältnisse zu dem Königreiche Dänemark und zu dem Herzogthume Holstein. Kiel 1816. Michelsen, über die vormalige Landesvertretung in Schleswig-Holstein, mit besonderer Rücksicht auf die Aemter und Landschaften. Hamburg 1831. Adam Graf v. Moltke, über die Verfassung Schleswig-Holsteins und die Ritterschaft als eine in fortwährender Wirksamkeit bestehende Landstandschaft. Lübeck 1833. Lornsen, die Unionsverfassung Dänemarks und Schleswig-Holsteins. Nach des Verfassers Tode herausgegeben von Beseler. Jena 1841. Die wichtigste Quellensammlung für das Staatsrecht hat den Titel: Privilegien der schleswig-holsteinischen Ritterschaft. Herausgegeben von Jensen und Hegewisch. Kiel 1797. 4. — 2) Für das

Kirchenrecht: Callisen, Anleitung zur Kenntniß der landesherrlichen Kirchenverordnungen in den Herzogthümern Schleswig und Holstein, 2. Aufl. Altona 1834. — 3) Für das Criminalrecht: v. Schirach, Handbuch des schleswig-holsteinischen Criminalrechtes (Schleswig 1829), 2 Thle. in 8., von denen der erste das holsteinische, der zweite das schleswigsche Strafrecht darstellt. — 4) Für das Privatrecht: Paulsen, Lehrbuch des Privatrechtes der Herzogthümer Schleswig und Holstein, wie auch des Herzogthums Lauenburg, 2. Aufl. Kiel 1842. Esmarch, Handbuch des Erbrechtes im Herzogthume Schleswig. Schleswig 1842. — 5) Für das Prozeßrecht: Francke, der gemeine teutsche und schleswig-holsteinische Civilprozeß (Hamburg 1839—1842), 2 Thle. 8.

A. L. J. Michelsen.

Huldigung, allgemeine Huldigung, Landeshuldigung, Staatshuldigung (homagium, tessera subiectionis civilis)[1], die feierliche Handlung, wodurch, gewöhnlich eidlich, dem Landesherrn Treue und Gehorsam gelobt wird, ein feierliches Versprechen der Unterthanenpflicht[2]). Die beiden Ausdrücke Landes- und Staatshuldigung sind die bezeichnendsten, da die beiden anderen noch in weiteren und engeren Bedeutungen vorkommen (s. w. u.). Die Zusammensetzung mit dem Worte Huldigung, oder dessen vorzugsweiser Gebrauch sind übrigens bezeichnend, da dasselbe immer eine Anerkennung fremder Vorzüge mit wohlwollender Unterwerfung des Huldigenden darunter ausdrückt. Die Handlung ist zwar ein Zeichen der Landeshoheit auf der einen, der Landesunterthänigkeit auf der anderen Seite, aber nicht Bedingung dieses Verhältnisses. In allen erblich monarchischen Staaten ist es anerkannter Grundsatz, daß mit dem Tode des Herrschers sogleich von Rechtswegen (ipso iure) die Gewalt auf den legitimen Nachfolger übergeht. Dieß drücken die bekann-

---

1) Die Literatur war in den älteren Zeiten reichhaltig, wenn gleich nicht vorzüglich. Die nachher anzugebende neuere Schrift von Bunz ist die ausgezeichnetste: Maul, de homagio, reverentia, obsequio etc. Giess. 1614. Marb. 1672. Bruningh, de homagiis subiectivis. Basil. 1621. Ritter, diss. de homagio subiectionis. Giess. 1623. Hermann, de homagio. Lips. 1625. Frobenii diss. de homagio. Arg. 1627. Cellarii diss. de homagio. Jen. 1687. Sagittarii diss. de homagio. Jen. 1651. Leyser, diss. de iuramento fidelitatis subdititio. Vit. 1668. Felwinger, diss. de homagio. Alt. 1669. Preibis, de homagio. Lips. 1669. Uffelmann, de homagio, sive iureiurando, quo subditi imperantibus reip. obligantur. Helmst. 1675. Franci diss. de homagio. Frf. 1681. Eisenhart, de homagio. Helmst. 1682. Lynker, de religione obsequii. Jen. 1682. Goclenius, de homagio. Rint. 1685. Menken, diss. de iureiurando civium. Lips. 1687. Stryck, diss. de iuramenti obsequii remissione. Hal. 1696. Berger, de nexu iurisiurandi, quo fidelitas et subiectio continetur. Vit. 1700. Abicht, de moralitate homagii, regni invasori praestiti. Lips. 1703. Hildebrand, diss. de resignatione homagii et iurisdictionis imperata. Alb. 1725. Pestel, diss. de homagio. Rint. 1752. Nach einer langen Unterbrechung erschien: Bunz, Grundsätze der Huldigung. Tübingen 1794.

2) Klüber, Staatsrecht des teutschen Bundes §. 272 (207).

ten Sprüchwörter aus: Rex non moritur; le mort saisit le vif; le Roi est mort, vive le Roi[3]). Nur die österreich'schen Stände wollten eine Zeit lang behaupten, daß nach Abgang eines Regenten ihnen die Bestellung einer Interimsregierung bis nach geleisteter Huldigung zustehe, welchem aber von Seiten des regierenden Hauses beharrlich widersprochen wurde[4]). Der Regierungsnachfolger tritt daher unmittelbar nach Erledigung des Thrones die Regierung an und verkündigt dieß den Unterthanen. Von Alters her aber ist es in Teutschland Sitte, daß er sodann die Staatshuldigung sich leisten läßt[5]).

Die Formen der Huldigung sind nach den verschiedenen Staaten sehr verschieden[6]). In den mehresten Landen leisten, nachdem die üblichen Beglückwünschungen (gratulationes) geschehen sind, die obersten Civil- und Militärbeamten den Eid der Treue, Unterthaneneid, das eidliche Versprechen, dem Landesherrn treu, hold und gewärtig sein zu wollen, in die Hände des Monarchen selbst und nehmen ersteren dann wieder ihren Untergebenen ab, während die Unterthanen selbst ihn classenweise vor dazu bestellten Beamten schwören. Häufig leisten ihn auch für die Unterthanen die Repräsentanten des Landes, die Stände auf einem anzuberaumenden Landtage. Zuweilen wird damit eine gottesdienstliche Handlung verbunden, und dann geschieht die Huldigung dem Fürsten in der Regel selbst; derselbe kann sich jedoch auch dabei vertreten lassen. Zuweilen hält der Fürst, wenn er zeither am Orte der Huldigung nicht war, dort einen feierlichen Einzug[7]). Wo nicht Repräsentativverfassung stattfindet, schwören häufig nur die Grundbesitzer den Unterthaneneid — dingliche (reale) Huldigung[8]); zuweilen auch alle Unterthanen — persönliche Huldigung[9]). Auch pflegt man die letztere, also wenn die Huldigung in Ansehung der Person und des Grundeigenthums geleistet wird, die vollständige oder allgemeine (homagium plenum s. universale), die erstere aber die unvollständige oder particuläre (homagium minus plenum s. particulare) zu nennen[10]). Bei dieser unvollständigen concurriren nicht blos die, welche in den fraglichen

---

3) Moser, teutsches Staatsrecht Buch 8, Th. 18, §. 8, S. 472. Leist, Lehrbuch des teutschen Staatsrechtes §. 47. Klüber a. a. O. §. 246 (188). Schmalz, das teutsche Staatsrecht §. 258. Zachariä, teutsches Staats- und Bundesrecht Abth. 1, §. 48, S. 159, §. 57, S. 191.

4) Moser a. a. O.

5) Schmalz und Klüber a. a. O. Maurenbrecher, Grundsätze des heutigen teutschen Staatsrechtes §. 175.

6) Z. B. wegen Preußen s. Lemann, über den Huldigungseid nach preußischen Gesetzen. Insterburg 1815.

7) Moser, persönliches Staatsrecht der teutschen Reichsstände Buch 8, Cap. 1, §. 12, S. 13. Schmalz und Maurenbrecher a. a. O. Zachariä a. a. O. §. 57, S. 191.

8) Facultatis iuridicae Vitebergensis responsum de homagio reali et personali, in append. ad Horn iurispr. feud. (Vit. 1705.) nr. 10. Chladenius, diss. de homagio reali. Vit. 1762.

9) Leist und Maurenbrecher a. a. O. Klüber a. a. O. §. 272 (207), Note d.

10) Klüber a. a. O.

Landen ihren Wohnsitz haben, sondern auch die, welche blos Grundstücke darin besitzen, die Forenser. Während des teutschen Reichsbestandes konnte, der ganzen Lage der Sache nach, da die sämmtlichen Reichsfürsten Vasallen von Kaiser und Reich waren, außer der Kaiserkrönung, eine mit der Staatshuldigung zu verbindende Krönung nicht statthaben. Blos im Königreiche Böhmen war sie eingeführt. Auch seit erlangter voller Souveränetät, seit Auflösung des Reichsverbandes, hat keiner der teutschen Monarchen eine solche vornehmen lassen[11]). Eine förmliche Reichshuldigung gegen das Reichsoberhaupt fand zur Zeit des teutschen Reiches nur von Seiten der Reichsstädte statt[12]). Mit der Staatshuldigung ist gewöhnlich von Seiten des Landesherrn die Anerkennung der Landesverfassung, oder, wie es sonst hieß, die Bestätigung der Freiheiten und Privilegien der Landschaft verbunden. Diese erfolgt theils in dem Ausschreiben zur Huldigung, indem darin der Fürst, nächst Bekanntmachung der von ihm bewirkten Thronbesteigung, sich für verpflichtet zu Handhabung der Staatsverfassung erklärt[13]), namentlich verspricht, einen Jeden bei seinen Rechten zu schützen[14]), theils mittelst förmlicher Ableistung eines darauf gerichteten Eides — Verfassungseides[15]). Es ist allgemein in Teutschland anerkannt, wenn gleich nicht überall ausdrücklich festgesetzt, daß die bezüglich eidliche Anerkennung der Landesverfassung von Seiten des Landesherrn der Huldigung vorausgehen müsse[16]). Die alte Form war und ist zum Theil noch, daß die Landstände zur Huldigung einberufen werden und sich dazu bereit erklären, aber um Confirmation ihrer Privilegien und Freiheiten bitten. Diese wird ihnen vorläufig zugesichert, sie leisten die Huldigung und erhalten zugleich die erbetene Confirmation, wenn diese nicht, wie nach manchen Verfassungen, der Huldigung vorausgehen muß[17]). Darin liegt jedoch keine Aenderung des Grundgesetzes, daß der Monarch sogleich alle Regierungsrechte erhält, sobald sein Vorgänger abtritt, so wie auch weder von der Huldigung die Verbindlichkeit der Unterthanen zu Treue und Gehorsam, noch von der Confirmation der Landesverfassung deren Fortdauer abhängt; Beides findet auch ohnedem statt[18]).

Die Huldigung ist nämlich zwar ein Zeichen der Unterthänigkeit, ja sogar, wie sich Maurenbrecher[19]) ausdrückt, ein eigentliches Recht und Kennzeichen der Souveränetät; aber diese hängt nicht von jener ab; der Unterthan ist nicht darum Unterthan, weil er gehuldigt hat, sondern

---

11) Moser a. a. O. §. 11. Zachariä a. a. O.
12) Leist a. a. O. §. 66 a. E.
13) Klüber a. a. O. §. 246.
14) Schmalz a. a. O.
15) Klüber a. a. O. Bei Maurenbrecher a. a. O. Note h. sind die einzelnen teutschen Verfassungsurkunden genannt, in denen dieß vorgeschrieben ist.
16) Zachariä a. a. O. §. 48, S. 150, §. 57, S. 191.
17) Moser a. a. O. §. 13, S. 14.
18) Zachariä a. a. O. §. 48, S. 150.
19) A. a. O. §. 175.

er huldigt, weil er Unterthan ist. Der ganze Zweck der Huldigung, die daher auch ganz von der Willkür des Landesherrn und, ob er dieselbe sich in ihrem ganzen Umfange leisten lassen will, oder nicht, abhängt[20]), ist Erneuerung des Eindruckes des zwischen Monarchen und Unterthanen bestehenden Bandes und besonders Erneuerung der Erinnerung der Unterthanen an ihre Pflichten gegen den Landesherrn[21]). Dennoch aber ist sie in Streitigkeiten über die Landeshoheit ein vorzügliches Beweismittel für die Unterthänigkeit, doch nicht für sich allein, da auch andere Personen, die nicht im Besitze der Landeshoheit sind, sich eine Art von Huldigung leisten lassen (s. w. u.) und die Ausdrücke Huldigung und Gehorsam nicht allemal von Landesunterthänigkeit zu verstehen sind. Es müssen vielmehr die übrigen Umstände damit zusammentreffen. Im petitorischen Prozesse pflegt man, zu Herstellung eines vollen Beweises durch die Huldigung, zu verlangen, daß sie wenigstens vor der Dauer der Verjährungszeit geleistet worden und mit der Ausübung landesherrlicher Rechte verbunden gewesen sei. Im Besitzprozesse gesteht man ihr gar keine Beweiskraft zu, wenn ein Anderer sich im Besitze der vorzüglichsten Regalien befindet[22]). Dafür spricht auch der Umstand, daß die Huldigung öfter im Voraus dem künftigen Landesherrn geleistet wird — Eventualhuldigung, mithin nicht immer ein Zeichen schon wirklich in Thätigkeit getretener Unterthänigkeit ist. Diese Eventualhuldigung wird nämlich, um im Voraus den Unterthanen ihr Subjectionsverhältniß, dem Successionsberechtigten gegenüber, für den eintretenden Fall recht bemerklich zu machen, daß Successionsirrungen entstehen sollten, gedachtem Berechtigten, auf Veranlassung seines Vorgängers und noch während dessen Regierung für den künftigen Successionsfall geleistet. Sie ist also nicht mit derjenigen Huldigung zu verwechseln, welche der Landesherr seinem Mitregenten, oder, wenn er sich gar entschließt, die Regierung ganz in die Hände seines Nachfolgers zu legen, diesem leisten läßt; denn hier tritt die Landesunterthänigkeit sofort in Wirksamkeit[23]).

---

20) Reuß, teutsche Staatscanzlei Th. 16, S. 131.

21) Schmalz und Maurenbrecher a. a. O.

22) Struben, Nebenstunden Th. 4, Abh. XXV, §. 8, S. 167 flg. Moser, Landeshoheit derer teutschen Reichsstände überhaupt Cap. 7, §. 99, S. 177, §. 100, S. 180. Leist a. a. O. §. 21 a. E. Maurenbrecher a. a. O. Auch die bei Moser a. a. O. genannten: de Cramer, observat. obs. 1421. Tom. 6. p. 294. Heumann, diss. de Characteribus Superioritatis territorialis caute designandis. Altorff 1749. Nettelbladt, von den wahren Kennzeichen der Territorialrechte, oder landesherrlichen Regalien; in der Erörterung einzelner Lehren des teutschen Staatsr. S. 245. Schmidt, diss. de Notis characteristicis Superioritatis territorialis. Ingolst. 1771.

23) Chladenius, de iuramento subiectionis, speciatimque in eventum praestari solito. Vit. 1727. Moser, teutsches Staatsrecht Th. 18, Cap. 100, S. 471 flg. Derselbe, im angez. persönl. Staatsrechte Th. 2, Buch 3, Cap. 1, §. 10, S. 12. Derselbe, von der Reichsstände Landen Buch 4, Cap. 9, §. 3, S. 1159. Derselbe, Zusätze zum teutschen Staatsrechte Bd. 2, S. 500. Reuß a. a. O. Leist a. a. O. §. 21, Nr. III. Klüber a. a. O. §. 272 (207) a. E. Maurenbrecher a. a. O. Note a.

Alles dieß rücksichtlich der allgemeinen Staatshuldigung. Diese Grundsätze finden aber auch analoge Anwendung rücksichtlich der besonderen Huldigung, d. i. diejenige, welche blos von einzelnen Personen bei ihrem Eintritte in das Staatsbürgerverhältniß geleistet und dann gewöhnlich mit demjenigen Eide verbunden wird, den der Aufzunehmende nach seinen speciellen Verhältnissen zu leisten verpflichtet, der aber nicht mit dem Unterthaneneide zu verwechseln ist, z. B. Amtseid, Bürgereid u. s. w.[24]). Die Staatshuldigung bezieht sich auf den ganzen Staat, die übrigen, eine gewisse Unterwürfigkeit in einzelnen bürgerlichen Verhältnissen bekundenden Eide, von deren Ableistung auch oft mißbräuchlich der Name Huldigung gebraucht wird, blos auf dieses specielle Verhältniß, also der Lehenseid blos auf das vasallitische, der Bürgereid blos auf das zu der Stadt, in welche der Schwörende aufgenommen wird, bestehende bürgerliche, der Erbeid, Erb- oder Gerichtspflicht, Patrimonial- oder Erbhuldigung (iuramentum assecurationis) auf das zu dem Erb-, Guts- und Gerichtsherrn, unter dessen Patrimonialbezirk der Aufzunehmende Grundstücke erwirbt, eintretende, Schutz- Cent- Gerichts- oder Gutsherrlichkeit betreffende Verhältniß, der Amts- oder Diensteid auf die Amtsverhältnisse des neu antretenden Beamten. Die Patrimonialhuldigung ist, namentlich rücksichtlich der Mediatisirten, zu Vermeidung möglicher Collisionen, großentheils abgeschafft[25]). In Collisionsfällen aber gilt der Grundsatz: Huldigungseid (worunter hier Staatshuldigung verstanden wird) geht über Bürgereid[26]). Buddeus.

Hypothekenwesen ist der Inbegriff derjenigen Institute, vermöge welcher ein Gläubiger an einem Vermögensgegenstande, ohne daß es einer Besitzerwerbung bedarf, zur Sicherung einer Forderung ein dingliches Recht erlangen, sichern und zum Zwecke seiner Befriedigung ausüben kann. Es gehört dahin: I. das Institut der Hypothek selbst; II. die Institute, welche deren Sicherung, und III. diejenigen, welche deren Realisirung bezwecken.

I. Die Hypothek ist das Institut, welches das erwähnte dingliche Recht — eine der mehreren Arten des Pfandrechtes, welche neuere Gesetze zuweilen vorzugsweise Unterpfand nennen, — begründet, sobald die dazu erforderlichen Thatumstände vorhanden sind. Die Benennung, so wie die gemeinrechtliche Natur desselben, ist römischen Ursprunges. Hypotheca (ὑποθήκη) ist die eigentliche gemeinrechtlich-quellenmäßige Bezeichnung für jenes dingliche Recht, wiewohl es zuweilen auch unter der im strengeren Sinne dem Faustpfande angehörigen Benennung pignus mit begriffen wird. Res oppignerata, supposita, obnoxia, obligata,

---

24) Moser, persönl. Staatsrecht a. a. O. §. 14, S. 14 flg. Schmalz und Maurenbrecher a. a. O.

25) Struben a. a. O. Klüber a. a. O. Maurenbrecher a. a. O. Note b.

26) Runde, Grundsätze des teutschen Privatrechtes §. 448. Danz, Handbuch dazu Bd. 4, S. 380.

bezeichnet den Vermögensgegenstand, der einer hypotheca oder einem pignus unterworfen ist. Der Inhalt der Hypothek kann nie aus anderen Befugnissen bestehen, als solchen, welche dem Verpfänder selbst zur Zeit der Bestellung, oder zu der Zeit, wo sie convalescirt, zuständig sind. Letzterer entäußert sich aber derselben durch die Verhypothecirung nicht, sondern überträgt nur für den Fall, daß die Zahlung der Forderung, für welche sie geschieht, nicht zur gehörigen Zeit erfolgen sollte, deren Ausübung auf den Gläubiger. Die Form der Hypothek ist daher eine andere, als die des Rechtes ihres Bestellers, ihr Inhalt aber mit einem Theile des Inhaltes dieses letzteren Rechtes identisch. Bei dem durch das römische Recht anerkannten pignus nominis kann also nicht, wie bei der Cession, das Klage- oder Forderungsrecht selbst, sondern nur dessen eventuelle Ausübung dem Gläubiger übertragen sein, was sich auch darin zeigt, daß der in Folge desselben in die Hände des Gläubigers durch die Leistung des (gleichsam) verpfändeten Schuldners gekommene Vermögensgegenstand ihm nicht erworben, sondern er nur befugt wird, denselben als Faustpfand zu retiniren, und durch Veräußerung, resp. Compensation, seine Befriedigung zu bewerkstelligen [1]). Man kann daher auch in diesem Falle das Pfandrecht nicht als ein persönliches betrachten. Denn nicht die Leistung des (verpfändeten) Schuldners, wie bei der Cession, sondern der Gegenstand dieser Leistung erscheint als das eigentliche Object des Pfandrechtes [2]). — Allein da die Ausübung dieses Rechtes, vor der Verwandlung desselben in ein Faustpfand, nur in dem Gebrauche einer utilis actio besteht, und diese nur eine persönliche ist, so kann auch so lange diesem Pfandrechte keine absolute Wirksamkeit zugeschrieben werden [3]). — Man hat indeß auch das Pfandrecht unter die obligatorischen Verhältnisse setzen wollen. Insofern man sich dabei die res obligata als ein verpflichtetes Subject gedacht hat [4]), ist diese Vorstellung dem römi-

---

1) L. 18. pr. D. de pignor. act. (13. 7.) — Als eventuelle Cession betrachtet die Verpfändung der Forderung das weimarsche Pfandgesetz v. 6. Mai 1839 §. 4.

2) Die richtige Auffassung scheint die zu sein, das pignus nominis als ein Faustpfand an der res debita zu betrachten, bei welchem der einstweilige Mangel des Besitzes durch eine utilis actio ersetzt wird; und man muß den Pfandgläubiger der Natur der Sache nach für befugt halten, die verpfändete Forderung einzuziehen, wenn auch die Principalforderung noch nicht verfallen ist, wohingegen man sie ihm absprechen müßte, wenn die Leistung selbst (oder auch das nomen) den eigentlichen Gegenstand des Pfandrechtes bildete, in welchem Falle dieses immer als eine Hypothek betrachtet werden müßte; welche vor der Fälligkeit der Principalforderung zu einer solchen Klage nicht berechtigt. Es ist nicht das nomen verpfändet, sondern quod in nomine est. Vgl. übrigens Sintenis, pfandrechtl. Streitfragen S. 23 flg. und Handb. des Pfandr. S. 148 flg. Auch das württemb. Pfandges. v. 15. April 1825, Art. 4, erkennt bei Forderungen nur Faustpfand an.

3) Das römische Recht dieser Materie ist dem Artikel Pfandrecht vorbehalten, weßhalb in Ansehung desselben auf ihn verwiesen und hier nur das des Zusammenhanges halber Nothwendige berücksichtigt werden darf.

4) Büchel, über die Natur des Pfandrechtes S. 3; und dagegen: Jenaer Literaturzeit. v. J. 1836 Nr. 3, 4.

schen Rechte gewiß fremd, und das römische Civilrecht hätte zu der Idee einer res obligata auch nie gelangen können. Allein die Hypothek ist prätorischen Ursprunges, und der Natur prätorischer Institute gemäß [5]) begründet hier die Thatsache der Verpfändung eine in rem gehende in factum actio [6]). Diese actio, nicht jene Thatsache, begründet ein prätorisches Verhältniß, welches im civilen Sinne weder ius noch obligatio, nach prätorischem Rechte aber einem von beiden analog ist. Dieses Verhältniß muß sich nach seinem unmittelbaren Grunde, der actio, richten, und da diese hier in rem ist, so muß es dem ius analog sein; so wie denn auch die Ausdrücke ius hypothecae und hypothecam vindicare den Quellen nicht fremd sind. Dadurch ist seine Natur unabhängig von der Natur des die Klage begründenden Factums; es kann ein ius sein, wenn dieses ein obligare ist. Der Ausdruck obligare ist dem Acte der Verpfändung aber insofern angemessen, als der Gegenstand dadurch nicht dem Gläubiger dauernd unterworfen, sondern nur zwischen ihm und jenem ein vinculum [7]) constituirt wird, dessen Inhalt in einer Befugniß besteht, welche, wie ein Forderungsrecht, in ihrer Ausübung consumirt wird; nämlich die Befugniß, sich durch den Verkauf, unter den erforderlichen Voraussetzungen, befriedigt zu machen. Dieses pactum enthält also ein obligare, die res ist eine obligata, aber die in rem actio, durch welche es geschützt wird [8]), läßt aus demselben mittelbar ein ius entspringen. Für das geltende Recht ist aber die besondere Natur prätorischer Verhältnisse untergegangen, und nach heutiger Vorstellungsweise entspringt aus dem Vertrage unmittelbar ein dingliches Verhältniß.

Schon vor dem Eindringen des römischen Rechtes kannte das teutsche Recht Verpfändungsarten (Weddeschat, Satzung, Versatz), die sich auch noch particularrechtlich hin und wieder erhalten, theilweise auch sich unter dem Einflusse des römischen Rechtes fortgebildet haben. Es sind hier zu unterscheiden: 1) die Satzung oder Verpfändung von Mobilien; 2) die sogen. alte Satzung von Immobilien; und 3) die sogen. neue Satzung von Immobilien. Die beiden ersteren Arten erfordern zu ihrer Begründung einen Besitzerwerb an dem verpfändeten Gegenstande von Seiten des Pfandgläubigers, und gehören daher dem Hypothekeninstitute nicht an. Folgendes muß indeß des Zusammenhanges wegen hier darüber angeführt werden. Der erweisliche Unterschied zwischen der

---

5) Vgl. m. Beitrag zur Lehre von den Except. u. s. w. in der Zeitschr. für Civilr. und Proz. Bd. XVI, H. 1.

6) Vgl. über die Formel der Klage: Du Roi, im Arch. für civ. Praxis VI. S. 402. L. 3. pr. L. 15. §. 1. D. de pignor. (20. 1.) L. 23. D. de probatt. (22. 3.) L. 6. C. si aliena res pignori. (8. 16.)

7) Obligatio est iuris vinculum etc. pr. J. 3. 13. (14.)

8) Nimmt man übrigens einmal die Idee einer obligatio rei an, so muß die daraus entspringende actio auch nothwendig in rem gehen. Daß dieses prätorische pactum hypothecae eine in rem actio begründet, ist auch nicht einmal eine Anomalie. Denn es ist nirgends gesagt, daß dieß der Natur eines pactum widerstreite, sondern nur, daß mit einer obligatio (der Person) kein dingliches Recht verbunden sein könne. L. 3. pr. D. de O. et A. (44. 7.)

Satzung von Mobilien und der alten Satzung von Immobilien besteht darin, daß zu letzterer, wenn sie absolute Wirksamkeit erlangen sollte, der Erwerb einer rechten Gewere an dem Gegenstande erforderlich war, der bei ersterer nicht vorkommen konnte. Dieser Erwerb konnte, so lange und insofern keine Uebertragung der rechten Gewere möglich war[9]), nur durch Besitz bewirkt werden[10]); und insofern man darin, und nicht blos in einer Verbindung des Besitzes mit der Verpfändung, z. B. zum Zwecke der Benutzung, das Charakteristische dieses Verhältnisses findet, so bezeichnet man es mit Recht als die ältere Satzung[11]), wiewohl sie auch noch gleichzeitig mit der neueren sich in Gebrauch erhielt[12]). Man hat behauptet, daß bei dieser älteren Satzung, namentlich bei der Satzung von Mobilien, der Gläubiger Eigenthümer des versetzten Gegenstandes geworden sei[13]). So viel muß nun zugegeben werden, daß der Gläubiger, welcher den Besitz der Mobilien oder die rechte Gewere erlangt, Dritten gegenüber einem Eigenthümer ganz gleich stand. Denn in dieser Beziehung steht jeder eigene Besitz, d. h. jedes factische Innehaben, welches nicht blos alieno nomine geübt wird, und jede rechte Gewere gleich[14]). Und will man zugeben, daß neben der Pfandgewere des Gläubigers der Verpfänder während der Dauer des Pfandrechtes ebenfalls eine Gewere für sein Eigenthum gehabt habe[15]), so muß doch jedenfalls jene die stärkere gewesen sein, so daß der Eigenthümer zwar noch immer den Besitz des Gutes erstreiten können, mit dem Gläubiger gegenüber nicht. Allein es kann eine solche Gewere nur demjenigen zustehen, der zur Ausübung des Eigenthumsrechtes befugt ist[16]), und das Dasein einer Gewere läßt sich doch nur annehmen, insofern sie Wirkungen äußert. Indeß gibt es Verhältnisse im teutschen Rechte, wo mehreren die Gewere an demselben Gute zusteht, ohne daß die Gewere

9) Vgl. m. Auff. in der Zeitschr. für teutsches Recht III. H. 1, §. 2, 3.
10) Vgl. ebendas. §. 2, Note 9.
11) Albrecht, die Gewere S. 172 flg., S. 147 und dazu: Maurenbrecher, Lehrb. des teutsch. Privatr. (2. Bearb.) I. §. 301, Note 4.
12) Maurenbrecher a. a. O. §. 302, Note 3.
13) Heineccius, elem. iur. Germ. II. Tit. 11. §. 319 sq. Riccius, de dominio pignoris germ. (1747.) Henne, de dominio pignor. (1773.) Hellfeld, opusc. nr. 8. S. dagegen: Albrecht a. a. O. S. 137 und Maurenbrecher, de culpa iuris Germ. §. 35. p. 69—75.
14) Denn jene, die factische, wie diese, die juridisch ideelle Herrschaft, sind sich immer gleich, wenn auch das Recht zur Herrschaft verschieden ist. Vgl. m. angef. Auff. in der Zeitschr. für teutsch. Recht §. 1, Note 5.
15) Albrecht a. a. O. S. 144 flg. schreibt ihm eine solche zu, indem er zugleich behauptet, daß die Pfandgewere an sich eine andere sei, als die Eigenthumsgewere. Ueber den Namen Pfandgewere: Haltaus h. v. und Mittermaier, Grundſ. des teutsch. Privatr. (6. Ausg.) I. §. 260, Note 11.
16) Sächs. Lehnr. C. 14. S. indeß darüber auch Albrecht a. a. O. S. 4 flg. Wenn hier gesagt ist, daß nur dieser wegen Verletzungen an dem Gute klagen könne, und nach richtst. Landr. II. 17. der bloße Hintersasse schon deshalb klagen kann, so kann dieß kein Grund sein, auch jene Stelle auf einen solchen zu beziehen, da dort von einer Klage beim Lehngerichte die Rede ist, welche doch nur ein Vasall anstellen kann.

eines jeden gleichzeitig eine Vindicationsbefugniß verleiht, wie dieß bei der Concurrenz von definitiv und eventuell Belehnten sich zeigt[17]), für welches Verhältniß die Bezeichnung einer Gesammtgewere für verschiedene besondere Rechte als passend erscheint. Und da der Verpfänder in Ansehung des unbeweglichen Pfandgutes dem Eventualbelehnten insofern gleichsteht, daß er eine Anwartschaft auf eine dereinstige Vereinigung der eigenen Nutzungsbefugniß mit seinem Rechte hat, so redet die Analogie dafür, ihm eben so wie diesem insofern eine Gewere zuzuschreiben, als sie zum Schutze dieser Anwartschaft erforderlich ist[18]), so daß sofort mit der Wiedereinlösung auch diese Gewere ihre volle Wirksamkeit erlangt; während, wenn ihm die Gewere gänzlich gemangelt, es noch einer Rückübertragung und des Besitzes von Jahr und Tag erfordert haben würde, um ihm eine solche zu verschaffen. — Das Verhältniß des Satzungsgläubigers ist demnach Dritten gegenüber zwar dem eines Eigenthümers für die Dauer seines Rechtes gleich, unterscheidet sich aber von demselben durch die Abhängigkeit von dem Verhältnisse zu dem verpfändenden Eigenthümer. Der Besitz des Satzungsgläubigers macht es nothwendig, ihm auch das Ziehen des Nutzens zu gestatten, und dieser mochte ihm als Vergeltung für die Bebauung und Gewinnung verbleiben, wenn nicht das Gegentheil verabredet worden[19]), und der Gebrauch im engeren Sinne war ihm überall nicht gestattet[20]). Die Unbequemlichkeit dieses Verhältnisses in Ansehung des Nutzens und des Gebrauches mag bald dazu geführt haben, daß der Gläubiger bei Immobilien, wenn er die rechte Gewere erlangt hatte, dem Schuldner das Gut wiederum verlieh; was denn auch gegen einen Miethpreis oder Zins geschehen konnte[21]), wodurch ihm eine Vergütung für die Entbehrung seines Capitales gewährt wurde. Als, und

---

17) Der Eventualbelehnte ohne Gewere würde nur bloßes Geding haben, welches keine Folge an einen anderen Herrn begründet und nicht vererbt. Albrecht a. a. O. S. 283. Sächs. Lehnr. Cap. 11.

18) Diese Anwartschaft muß denn an sich schon als ein gegenwärtiges Recht betrachtet werden, wie dieß z. B. auch von der des Vertragserben gilt. Für eine solche Gewere redet auch entschieden, daß die Gesammtgewere der Gesammtbelehnten nicht gebrochen wird, wenn einer von ihnen seinen Antheil verpfändet. Rigisches Ritterr. 8.

19) Daß er die Früchte bezog, ist anerkannt: Mittermaier a. a. O. §. 260, Note 12. Maurenbrecher a. a. O. §. 301. Albrecht a. a. O. S. 143. Eine Restitutions- oder Berechnungsverbindlichkeit wird aber entweder gar nicht, oder nur als ausnahmsweise Folge besonderer Verabredung gedacht. Vgl. ebendas.: Abrechnung des Werthes auf das Capital wird zuweilen bedungen, zuweilen aber auch, daß derselbe dem Pfandinhaber verbleibe, wobei sich auch als Grund dafür die zu vergeltende cultura und cura genannt findet (Günther, cod. Rheno-Mos. III. p. 149. und andere Stellen bei Albrecht a. a. O.). Sonach scheint im Grunde eine Restitutionspflicht bestanden zu haben, aber durch jene Vergeltung in der Regel hinfällig geworden zu sein.

20) Albrecht a. a. O. S. 138, Note 279 und das. cit. Stellen. Mittermaier a. a. O. §. 260, Note 6. Maurenbrecher a. a. O. §. 300, Note 11. Daß sich Zeugnisse dafür nur in Ansehung von Mobilien finden, ist der Natur der Immobilien zuzuschreiben.

21) Mittermaier a. a. O. §. 260, Note 24. Orth, Anm. zur Frankf. Reform. I. S. 386. Sächs. Landr. I. 34.

insofern, aber eine Uebertragung der rechten Gewere durch gerichtliche Investitur möglich war, bedurfte es eines solchen Umweges vermittelst einer Besitzerwerbung und Zurückverleihung des Gutes nicht mehr; man brauchte nur die Verpfändung der Immobilien gerichtlich vorzunehmen, was ohnehin schon bei der alten Satzung an Immobilien erforderlich war[22]), um zu dem Institute der neuen Satzung zu gelangen. War nun auch dadurch die Satzung der römischen Hypothek dem Effecte nach sehr nahe gebracht, so bestand doch wenigstens ursprünglich der Unterschied zwischen beiden, daß letztere ein accessorisches, der fortbestehenden Forderung hinzutretendes Verhältniß ist, erstere aber die Forderung vernichtet und als ein selbstständiges Recht an deren Stelle tritt. Dieß zeigt sich darin, daß der Gläubiger auch dann, wenn das versetzte Gut ohne sein Verschulden untergegangen ist, keine Forderung gegen den Schuldner weiter geltend machen kann[23]). Und da man nicht behaupten kann, daß die Verpfändung allein dem Gläubiger zum Vortheile gereiche, wenn man sie nicht von dem Forderungsverhältnisse, welches ihr zum Grunde liegt, auf eine in dieser Beziehung gewiß unzulässige Weise, trennen will, so kann man diesen Umstand eben so wenig aus dem teutschen Principe: daß wer den Vortheil habe, auch den Zufall trage, erklären[24]), als man deßhalb genöthigt ist, dem Gläubiger das Eigenthum des versetzten Gutes zuzusprechen. Dem Schuldner verbleibt dahingegen das jedoch an Fristen gebundene und durch Zurückzahlung der ehemaligen Forderung auszuübende Wiedereinlösungsrecht und ein Anspruch auf Entschädigung, wenn durch Verschulden des Gläubigers ihm dessen Ausübung unmöglich gemacht, oder das Gut verschlechtert worden[25]). Ja man muß selbst behaupten, daß wenn die Wiedereinlösung verwirklicht worden, er das Gut selbst aus den Händen eines Dritten abfordern konnte, wenn die Mobilie nach der Wiederlösung erst von dem Gläubiger in dritte Hände gebracht[26]), oder wenn noch kein Dritter an der Immobilie durch Besitz

---

22) Sächs. Landr. I. 8. II. 24. N. staatsbürgerl. Mag. IV. S. 231.

23) Sächs. Landr. III. 5. Schwäb. Landr. a. 258. Verm. S. Sp. III. 1, 11. IV. 13, 16. Hamb. Stat. 155 (Pufendorf III. app. p. 272.). Culm R. V. 34. Schöffenurth. hinter d. sächs. Landr. I. 6, 6. Vgl. Maurenbrecher a. a. O. §. 300, Note 10. Damit kann aber die Uebernahme einer besonderen Verpflichtung des Schuldners, noch zu zahlen, was durch den Werth des Pfandgutes nicht gedeckt wird, oder das Ganze zu zahlen, wenn es untergeht, nicht ausgeschlossen sein, und eine solche Verpflichtung können denn auch Dritte übernehmen, die dann Bürgen genannt werden. Daraus erklärt sich schwäb. Landr. a. a. O. a. E. Diese Verpflichtung ist dann aber nur eine subsidiäre.

24) So Albrecht a. a. O. S. 135. S. dagegen: N. staatsb. Mag. IV. S. 232, Note 7.

25) Bayer. Landr. (Heumann, opusc. 118.). Verm. S. Sp. II. 18, 9. Verdener Statut. 54 (Pufend. I. p. 97.). Arg. sächs. Landr. III. 4. Nach Jüt. Lov II. 114. muß er das Gut wie sein eigenes behandeln.

26) Denn dann erscheint der Grundsatz: Hand muß Hand wahren, nicht anwendbar, weil das Pfandverhältniß erloschen. Vgl. m. Auff. in der Zeitschr. für teutsch. R. V. Note 9, S. 165; indeß auch Gaupp, in ders. Zeitschr. I. S. 126, und Mittermaier a. a. O. §. 153, nach Note 21, der jene Ansicht für zu künstlich hält.

selbstständig eine rechte Gewere erworben hatte[27]). Dieses Verhältniß mußte denn die Folge haben, daß wenn der Werth des versetzten Gutes die Forderung nicht deckte, das mangelnde nicht nachgefordert werden konnte, aber auch eben so wenig im umgekehrten Falle die Hyperocha herausgegeben zu werden brauchte[28]). Es bestand demnach auch keine rechtliche Nothwendigkeit für den Gläubiger, durch den Verkauf sich Befriedigung zu suchen, sondern er konnte, nach eingetretenem Wiederlösungstermine und vorgängigem Aufbieten, sich das Eigenthum vom Gerichte zusprechen lassen[29]). Doch findet sich auch schon früh die Bestimmung, daß in solchem Falle die durch Taxation zu ermittelnde oder durch Veräußerung sich ergebende etwaige Hyperocha dem Schuldner ausgezahlt werden muß[30]). Von dem durch Uebereinkunft gegründeten Pfandverhältnisse oder der eigentlichen Satzung, bei Mobilien auch in Beziehung auf das Gut genannt: pignus, wadium, Pfandschaft, Wedde, Weddeschat, auch Kistenpfand (insbesondere bei todten Gegenständen im Gegensatze des fressenden Pfandes, welches das an Thieren bezeichnet) und in nordischen Rechten: vonth[31]), ist indeß zu unterscheiden das durch Bekümmerung oder Pfändung von Seiten des Gerichtes entstehende Pfand[32]), und das durch Selbstpfändung entstehende[33]). Diese Verhältnisse erscheinen schon von jeher nach dem Zwecke der Realisirung eines anderen Anspruches regulirt, weßhalb hier auch immer die Hyperocha herausgegeben werden muß, und wegen mangelnder Deckung eine Wiederholung der Procedur gestattet ist, sofern die Voraussetzungen für dieselbe vorhanden sind[34]). Sie gehören in die Kategorie des Executionsverfahrens[35]). Der Fortdauer der

27) Denn da der Dritte auch durch unbefugte Veräußerung des Pfandinhabers eine causa für den Erwerb der rechten Gewere erlangen konnte, so war der Pfandgeber der Gefahr ausgesetzt, auf diese Weise sein Gut zu verlieren.

28) Vgl. Albrecht, de probatt. sec. ius germ. med. aev. §. 7.

29) Freiberg. Stat. I. 37. Culm. R. III. 110. Ueber schlesw. Stadtr.: Paulsen, im staatsb. Mag. IV. S. 112, 113.

30) Freiberg. Stat. a. a. O., nach dem Codex bei Walch, Beitr. III. 182., nicht aber nach dem Codex bei Schott, Samml. III. 163. S. Albrecht a. a. O. S. 153. Stad. Stat. VI. 16 (Pufend. I. 205.). Braunschw. Stat. 51 (Leibnitz, script. rer. Brunsv. III. 439.). Culm. R. III. 104. Ueber Haderslebener Stadtr.: Paulsen a. a. O. S. 114.

31) Maurenbrecher a. a. O. §. 390. Mittermaier a. a. O. §. 260, Note 2, 3.

32) Vgl. Maurenbrecher a. a. O. §. 300 a. E. Vgl. auch Albrecht a. a. O. S. 39 flg. Nach schlesw. Rechte nahm der Kläger selbst auch die Pfändung vor, in welchem Falle das Pfand „Nam" genannt wurde. Vgl. Blüting, Glosse zum jütschen Lov II. c. 59 u. 102. Paulsen, im staatsb. Mag. V. S. 174. Auch in Teutschland findet sich die Benennung Name für das Gut, welches durch Selbsthilfe wegen geweigerten Rechtes genommen. Vgl. Bodmann, rheingauische Alterthümer II. S. 529, 530.

33) S. Wilda, das Pfändungsrecht S. 149 flg., auch in der Zeitschr. für teutsch. R. I. H. 2. Maurenbrecher a. a. O. §. 194.

34) Sächs. Landr. I. 70. Schwäb. Landr. C. 131, §. 4.

35) S. darüber Maurer, altgerm. Gerichtsverfahren §. 167. — Es scheint nicht passend, das nach teutschen Particularrechten zuweilen mit dem Arreste entstehende Pfand an dem arrestirten Gute mit Maurenbrecher a. a. O. §. 306

Selbstständigkeit des Pfandrechtes stand die Natur der neuen Satzung, welche hier noch ferner zu betrachten ist, überall nicht entgegen. Insofern sie sich erhielt, unterschied sie sich von der römischen Hypothek noch immer durch den Mangel einer neben ihr bestehenden Forderungsklage gegen den Schuldner[36]). Darin stand sie dem Rechte aus dem Rentenkaufe gleich, unterschied sich aber von diesem wiederum durch das Wiederlösungsrecht des Verpfänders und die Folgen der Nichtausübung desselben, ein Moment, welches dem Rentenkaufe seiner Natur nach mangelt[37]). Die Form des Rentenkaufes gewährte dem Gläubiger den Vortheil, durch die Rente eine Vergütung für die Entbehrung seines Capitales zu erlangen und das canonische Verbot des Zinsennehmens zu umgehen, und wenn er auch nicht zu diesem Zwecke erfunden ist[38]), so ist er doch ohne Zweifel nicht selten für denselben benutzt worden. Man brauchte nur Wiederlösung von Seiten des Rentenverkäufers und den Eintritt der bei

---

unter die Hypothek zu stellen. Vielmehr wird in allen Fällen, wo durch richterlichen Zugriff ein Pfandrecht entsteht, dasselbe als durch eine vom Richter statt des Imploranten vorgenommene Besitzergreifung hervorgerufen angesehen werden müssen. Inmittirt der Richter den Imploranten in ein Grundstück, so hat er es zu Kistenpfandrecht (Brem. Urkunden v. 1489 bei Grupen, de uxor. theot. p. 135 sq. Oelrich's Samml. alter und neuer Gesetzb. der Stadt Bremen S. 631).

36) A. M. ist Albrecht a. a. O. S. 177 flg., weil man sich nicht, wie bei dem älteren Rentenkaufe, woraus diese Satzung hervorgegangen, denken könne, daß zuerst die Gewere am Gute constituirt und darauf der Besitz vorbehalten sei. Allein dergleichen muß man hier überhaupt nicht denken. Der Besitz wird nie vorbehalten, sondern zuerst das Renten- oder Satzungsrecht als Vergeltung für den Kaufpreis oder die Forderung constituirt, und darauf, ohne irgend eine Berührung des körperlichen Besitzes, wegen des Rentenrechtes oder Satzungsrechtes, entweder durch Investitur oder durch Einräumung eines Tabularbesitzes (s. unten nach Note 46), die Gewere ertheilt. Selbst wo aus dem Rentenrechte ein neueres Pfandrecht unter dem Namen der Hypothek sich gebildet hat, wie z. B. in Hamburg, stellt sich zuweilen noch das dingliche Recht als das principale dar, wenn auch die Praxis in subsidium eine persönliche Klage, aber gegen den jedesmaligen Eigenthümer oder Tabularbesitzer gestattet. Vgl. n. staatsb. Mag. IV. S. 117, Note 4, S. 234—238. Ebenso findet beim Rentenrechte auch keine persönliche Klage gegen den Rentenverkäufer statt. Lüb. Recht v. 1240 A. 239. Brem. Stat. v. 1532 Tit. Von Tinsen (Pufend. IV. 107), wenn sich auch unter Umständen eine Klage auf Gewährung gegen ihn denken ließe. — Anders ist es aber begreiflicher Weise in Ansehung der verfallenen Rente. Diese ist eine persönliche Principalforderung gegen den jedesmaligen Rentengeber, und wenn sie gegen das Gut geltend gemacht wird, so ist allerdings das durch das deßfallsige Executionsverfahren entstehende Pfandverhältniß ein accessorisches (vgl. oben bei Note 34). Davon reden die Stellen bei Albrecht a. a. O. S. 178—182, und können daher für seine Ansicht durchaus nichts beweisen. Wo sonst die Forderung das Principale bildet, kann dieses Verhältniß nur der Einwirkung des römischen Rechtes zugeschrieben werden.

37) Denn dieß würde ein Wiederkauf sein, der in der Natur des Kaufes nicht liegt. Daß das ältere Recht dieß festgehalten, zeigt sich im lüb. R. v. 1240 Art. 195, 197; vgl. Art. 196, 188. Schöffenurth. hinter d. S. Sp. II. 1, 5.

38) Eichhorn, Einl. §. 105. Albrecht a. a. O. S. 176, 177.

der Satzung eintretenden Folgen der Nichtausübung desselben [39]) zu bedingen, um das Verhältniß der neueren Satzung zu begründen, und dem Gläubiger den Genuß eines Zinses zu verschaffen, den man bei der Form des Verhältnisses noch immerhin eine Rente nennen konnte und nannte. Ja es wurde eine theilweise durch Gesetze sanctionirte Regel, daß dem Rentenverkäufer oder dessen Successor das Wiederablösungsrecht zustand [40]), wo, abgesehen von der Rentenzahlung, denn nur die Verschiedenheit von der Satzung bestand, daß die Nichtausübung dieses Rechtes mit gar keinen nachtheiligen Folgen verbunden war, wenn nicht der zur Wiederlösung Berechtigte selbst freiwillig den Grund dazu gelegt hatte. Sobald dieß aber geschehen war, waren beide Verhältnisse in gleicher Lage, so daß sie nun den ehemaligen Rentenkäufer eben so, wie den ehemaligen Darleiher zum Angriffe auf den verhafteten Gegenstand befugten [41]). So konnte denn aus dem Rentenkaufe sich durch eine geringe Modification die neuere Satzung ebenfalls bilden, wofür es nicht an Beispielen fehlt [42]), und eben so konnte umgekehrt ein Rentenkauf mit der seiner Natur entsprechenden Unablöslichkeit des Rechtes in der Form der neuen Satzung geschlossen werden; wenn der Schuldner sich des Wiedereinlösungsrechtes, der Gläubiger sich folgeweise auch seiner Rechte für den Fall der Nichtausübung desselben begab, wo ein sogen. eisernes Capital entstand [43]). In allen diesen Verhältnissen konnte denn auch von einer Verjährung des Forderungsrechtes des Gläubigers nicht die Rede sein, weil ein solches nicht bestand, und das Unterlassen der Geltendmachung seines Anspruches auf Wiedereinlösung ihm sein selbstständiges Recht an dem versetzten Gegenstande nicht entziehen konnte, auch wenn jener Anspruch durch Verjährung untergegangen wäre; mit welchem Untergange aber auf keinen Fall auch dem Schuldner sein Recht auf Wiederlösung verloren sein konnte. Daher die Regel: Versatz verjährt nicht [44]), womit aber wiederum nicht der Untergang des Satzungsrechtes durch eine erwer-

---

39) Vgl. oben Note 29.

40) Lüb. R. (oben Note 37). Arg. alt. lüneb. Stat. Art. 43 (Dreyer, Nebenst. 379), und ganz ausdrücklich: Frankf. Reform. II. 3. §. 42, 7. §. 3. Reichspolizeiordnung v. 1577 Tit. 17, §. 9.

41) Nur dann, wenn der Rentengeber durch Aufkündigung sich zur Ablösung in einem bestimmten Termine verpflichtet hatte, mußten ihn dieselben Folgen treffen, welche eintraten, wenn der, welcher Satzung bestellt hatte, nicht zur gehörigen Zeit die Ablösung vornahm (s. unten Note 304 flg.). Die Abhängigkeit der Herbeiführung dieser Folgen von einer willkürlichen Handlung des Rentengebers war also die einzige Verschiedenheit zwischen dem neuen Rentenrechte und der neuen Satzung in Ansehung der Wirkungen. Wo aber das Unterpfand römisch behandelt wird, da tritt auch noch der Unterschied ein, daß der Pfandgläubiger wieder abmahnen kann (lüneb. Stadtr. Th. II, Tit 7), ein Recht, was späterhin freilich auch dem Rentennehmer für den Fall des Verzuges eingeräumt werden konnte (Regierungsdeputationsabsch. v. 1600 §. 5).

42) Vgl. oben Note 36. Die Stellen bei Albrecht a. a. O. S. 178—182 beweisen aber dafür überall nichts. S. oben Note 36 a. E.

43) S. n. staatsb. Mag. V. S. 113, 114.

44) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 260, Note 37 und das. Cit.

bende Verjährung ausgeschlossen sein kann[45]). Das in manchen Städten schon früh bestehende[46]) Institut der Inscription oder Intabulation der Rechte an Grundstücken in öffentliche Bücher mußte aber diesen Instituten noch einen besonderen Charakter verleihen. Es entstand dadurch neben dem mit der Benutzung des Gegenstandes verbundenen körperlichen Besitze noch ein besonderer Tabularbesitz, d. h. der Zustand des Eingeschriebenseins einer Person als Inhaber eines Rechtes als nothwendige Bedingung der äußeren Seite des Rechtes und seiner absoluten Wirksamkeit; welches sowohl einer anderen, als auch derselben Person, der Besitz und Nutzen zustand, zuständig sein konnte. Diese äußere Seite des Rechtes, als ein besonderes gegenwärtiges neben dem Rechte auf Besitz und Benutzung bestehendes Recht gedacht, konnte aber, eben weil zwischen ihm und dem Gute jenes Recht des Besitzes und der Benutzung stand, nicht ebenfalls, wie dieses, das Gut unmittelbar zu seinem Gegenstande haben; wohl aber dessen Werth, als ein an sich ideelles, aber durch die unbedingte oder eventuelle Befugniß über das Gut durch Veräußerung zu disponiren, realisirbares Object gedacht. Von diesem Gesichtspunkte aus [stellt] sich das Institut der Inscription als eine Buchführung über die Zuständigkeit des in liegenden Gründen fundirten Geldwerthes dar, und die einem Satzungsgläubiger ertheilte Inscription ist eine Umschreibung des bisher dem Eigenthümer zugeschrieben gewesenen derartigen Geldwerthes an ihn. So hat das Institut sich namentlich zuweilen in norddeutschen Handelsstädten auf den Grund des Rentenrechtes ausgebildet, was sich entschieden darin zeigt, daß der Eigenthümer bei der Zuschreibung an einen Satzungsgläubiger sich selbst für einen Theil des Werthes seines Grundstückes die Priorität vor demselben vorbehalten, und diesen Theil mit solcher bevorzugter Priorität auch einem späteren Gläubiger zuschreiben lassen kann[47]). An anderen Orten erreichte man dasselbe Resultat, indem man einem fingirten Gläubiger eine solche Zuschreibung machte[48]), während an anderen dieselbe Grundidee sich nur darin geltend gemacht hat, daß der Schuldner bei der Ablösung einer vorgehenden Satzung das Einrücken der nachstehenden Satzungsgläubiger in deren Priorität dadurch verhindern kann, daß er sich dieselbe zum Zwecke der Ertheilung an irgend einen anderen Gläubiger reservirt[49]). Es hat sich überdieß particular-

45) S. oben Note 27.

46) Wenigstens schon im 13. Jahrh. in Cöln, Hamburg, Magdeburg, Kiel. Vgl. Maurenbrecher a. a. O. §. 224, Note 12 und das. Cit.

47) In dieser Gestalt zeigt sich das Institut z. B. in Hamburg und Altona. Vgl. staatsb. Mag. V. S. 234—238. Vgl. unten Note 137.

48) Bei dem sogen. Handfestenrechte in Bremen, welches auch bereits im Verdener und Mindener Stadtrechte vorkommt, und durch die Erbe- und Handfestenordnung v. 19. Dec. 1833 dahin modificirt ist, daß die Handfesten au porteur lauten. Gildemeister, Abhandl. aus dem Handfesten- und dem Pfandrechte der Reichsstadt Bremen. Staatsb. Mag. a. a. O. Maurenbrecher a. a. O. §. 302, Note 5. Mittermaier, im Arch. für civ. Prax. XVIII. S. 190.

49) Nämlich durch die sogen. Tilgung ante lineam, die sich bei dem öffentlichen Hypothekenwesen zuweilen findet. Vgl. Falck, im staatsb. Mag. I. S. 754, und unten Note 137.

rechtlich ein Institut erhalten, in dem die Satzung entschieden als eine widerrufliche Veräußerung erscheint, nämlich die besonders am Niederrheine vorkommende Pfandschaft (Pacht- und Pfandschaft, Satzung, Weddeschatt). Das Verhältniß des Pfandschaftsbesitzers stellt sich hier als ein dominium utile revocabile ex nunc dar[50]), bei dem 1) der Eintritt der Widerruflichkeit von der Willkür des Verpfänders, hier Pfandherr genannt, abhängt, weßhalb durch keine Disposition des Pfandbesitzers oder dessen Nachfolgers ihm sein Wiedereinlösungsrecht entzogen, dasselbe gegen jeden Dritten ausgeübt werden kann und unverjährbar, so wie es mit seinem dominium directum auf andere übertragbar ist[51]), während 2) der Pfandbesitzer den Nutzen für sich zieht und sein Recht auf Dritte übertragen kann[52]). Namentlich durch die unter 1) genannten Merkmale unterscheidet es sich von dem Verkaufe auf Wiederkauf, der sich auch als Form der Verpfändung findet[53]), aber nur ein persönliches Recht gegen den ersten Käufer gewähren kann; so wie es sich vor der Antichrese dadurch auszeichnet, daß der Pfandbesitzer nie die Wiedereinlösung fordern und also auch keine das Recht des Pfandherrn vernichtende Veräußerung des vollen und unwiderruflichen Eigenthums wegen Nichtwiederlösung vornehmen kann[54]).

Das gemeine Hypothekenrecht in Teutschland ist heutzutage das römische, und es ist dieß auch von den Germanisten so entschieden aner-

---

50) Ein abgeleitetes Besitzrecht nennt es Maurenbrecher a. a. O. §. 257. Da aber der Pfandbesitzer die Ausübung aller Eigenthumsrechte hat, bis die Wiederlösung ausgeübt wird, aber nicht das dem Pfandherrn verbleibende Eigenthum selbst, weßhalb er es auch anderen nicht geben kann, so scheint der angegebene Begriff dem Verhältnisse vollkommen zu entsprechen. Auch auf die alte Satzung würde er passen, und wie nahe diese der Leihe stand, zeigt sich im sächs. Lehnr. Cap. 59 dadurch, daß der Unterschied zwischen Satzung und Lehn blos darin, daß jene vor dem Landgerichte geschehen müsse, gesetzt und es nöthig befunden wird, ihn hervorzuheben.

51) Maurenbrecher a. a. O. Note 2, 3. Auch derjenige, welcher nach dem Rechte der alten Satzung ein Gut verpfändet hatte, konnte ohne Zweifel sein Eigenthum mit dem Wiederlösungsrechte veräußern, sobald eine Uebertragung der Gewere möglich war, und eben so wenig verjährte sein Recht. Daß aber die oben Note 27 bemerkte Ausnahme hier nicht ebenfalls eintreten, und nicht ein Dritter das Gut als freies Eigenthum ersitzen können, folgt aus der Regel: ein Jahr Löß, alle Jahre Löß, noch nicht, und die Gesetze, welche Maurenbrecher a. a. O. Note 8 für die Unverjährbarkeit der Wiederlösung anführt, reden nur von der Wiederlösung von dem ersten Pfandschaftserwerber und dessen Erben. Aber das Erforderniß eines Tabularbesitzes kann die Möglichkeit der Ersitzung des Dritten ausschließen.

52) Unbeschränktes Verfügungsrecht über die Sache wird man ihm nicht mit Mittermaier a. a. O. §. 260, Note 14, zuschreiben dürfen. — Uebrigens mußten dieselben Rechte regelmäßig auch demjenigen zustehen, der nach altem Satzungsrechte besaß. Ueber Fruchtgenuß: oben Note 19.

53) Mittermaier a. a. O. §. 260, Note 18—20.

54) Bei Maurenbrecher a. a. O. §. 257, Note 4 flg., erscheint die Verschiedenheit nicht in jeder Beziehung als passend aufgefaßt. Ueber die Quellen und die Literatur der Pfandschaft und über die Reichs- und Landespfandschaften: ebendas. §. 257, Note 1, 3, §. 258 in den Noten. Mittermaier a. a. O. §. 260, Note 13—18, 21a.

kannt, daß noch Runde[55]) überall kein besonderes teutsches Hypothekenrecht kennt. Allein dennoch sind Ueberbleibsel jener älteren Institute, auch abgesehen von particulären Gesetzen, in der Praxis hin und wieder geltend geblieben, z. B. in Beziehung auf das Pfand an Mobilien der Grundsatz, Hand muß Hand wahren, theils haben sie auf die neueren das Ingrossationswesen regulirenden Gesetze hin und wieder Einfluß geäußert. Und wenn diese auch an sich nur particuläre sind, so hat sich doch das Institut, welches sie betreffen, als ein gemeinrechtliches geltend gemacht, so daß es einen gemeinrechtlichen Begriff desselben gibt, der alle jene particulären Gesetze beherrscht und aus ihnen erkannt werden muß[56]). Daher können jene älteren gemeinrechtlichen und theilweise noch jetzt particularrechtlichen Institute auch bei einer begründenden Behandlung des gemeinrechtlichen Hypothekenwesens nicht ohne Berücksichtigung bleiben.

Die neue teutsche Satzung führt nun heutzutage zwar durchgängig den Namen der Hypothek auch da, wo sie sich noch in Anwendung, wenn auch modificirt, erhalten hat[57]). Allein die letztere weicht von ihr sowohl im Gegenstande, als in dem Verhältnisse zur Forderung, so wie in der Errichtungsart ab. Gegenstand der Satzung konnten nur Immobilien sein, es konnte aber jeder, welcher ein dingliches Recht an einem Immobile hatte, insofern es ihm nicht etwa nur als untrennbares Zubehör eines anderen Gutes zustand[58]), auch an demselben eine Satzung constituiren, welche aber das Immobile auch nicht weiter und nicht länger afficirte, als sein Recht sich erstreckte, oder seiner Natur nach und unabhängig von in der Willkür des Versetzenden liegenden Aufhebungsgründen[59]) währte. So der Eigenthümer, der Lehnsmann, der Erb-

55) Grundf. des teutsch. Privatr. §. 221, 285. Maurenbrecher a. a. O. §. 300, Note 1.

56) Ein sogen. allgemeines Recht, nach Maurenbrecher a. a. O. §. 3, Note 3, §. 307, Note 6.

57) Vgl. oben Note 47 und neues Hamb. Stadtr. Th. 2, Tit. 4, 5, Th. 1, Tit. 20, Art. 4. Anderson, Hamb. Privatr. I. S. 40, Note 12.

58) Als Realberechtigung. Vgl. auch weimar. Pfandgesetz §. 11.

59) Die Regel: resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum, muß hier so gefaßt werden, wenn sie richtig sein soll. Denn wenn der Inhaber eines sogen. iuris in re aliena (in der jetzt üblichen Bedeutung) dasselbe freiwillig aufgibt und dadurch Consolidation bewirkt, so können die von ihm bestellten Pfandrechte dadurch eben so wenig untergehen, als die vom Eigenthümer bestellten, wenn dieser sein Eigenthum veräußert. Dagegen sind auch (vgl. Thibaut, Syst. der Pand. §. 817, Nr. V) L. 31. D. de pignor. (20. 1.), L. 1. C. si pignus pignori (8. 24.) überall nicht. Denn es ist hier von einer Untergangsart die Rede, welche aus der Beschaffenheit der concreten Verhältnisse hervorging. — Richtig ist das Verhältniß auch aufgefaßt im weim. Pfandges. §. 178—181. — Man muß daher auch nicht sagen: ein solcher Berechtigter verpfände sein Recht, sondern vielmehr: er verpfände den Gegenstand, so weit sein Recht an demselben reiche. Die eventuelle Veräußerung der Ausübung seines Rechtes ist es, was in der Hypothekbestellung liegt, und daher kann denn auch z. B. der Gläubiger eines ohne Consens des Lehnsherrn eine Hypothek bestellenden Vasallen nur die Früchte des Lehens zu seiner Befriedigung verwenden, während sein Recht an dem Lehngute selbst besteht.

zinsmann, der Rentennehmer und der Leibzüchter[60]. Die römische Hypothek kann aber auch an Mobilien bestehen[61]. Die Satzung setzt zwar wie die Hypothek eine Forderung voraus. Denn zur Sicherheit eines dinglichen Rechtes könnte ein Pfandrecht nur gedacht werden, wenn zuvor eine persönliche Verpflichtung übernommen wäre, für die Realisirung eines solchen Rechtes zu haften, und im Falle eines Mangels daran einen Ersatz zu leisten[62], in welchem Falle aber das Pfandrecht immer nur für diese persönliche Verpflichtung bestellt sein würde[63]. Allein bei der Satzung geht, wie bereits angeführt, die Forderung unter, während sie neben der Hypothek als das Principalverhältniß stehen bleibt[64]. Die Satzung bedarf, wie jedes dingliche Recht an Immobilien nach teutschem Rechte seit der Zeit der Rechtsbücher, wenn es einen absoluten Charakter erhalten soll, einer Errichtung vor Gericht[65] oder vor öffentlichen Behörden[66], welche unter den Begriff der Investitur fällt[67]. Zur Errichtung der Hypothek genügt ein bloßes privatim errichtetes pactum[68], wiewohl es denn teutschen Ansichten entsprechend zu sein scheint, dasselbe bei Immobilien wenigstens schriftlich oder doch vor Zeugen zu errichten[69].

---

60) Göschen, Gosl. Stat. S. 241, Note 3, und das. cit. Stellen der Gosl. Stat.

61) L. 5. §. 1. D. de pignor. (20. 1.): Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt. Anders zuweilen nach neueren Gesetzen. S. unten Note 104.

62) Vgl. oben Note 23.

63) So kann namentlich auch mit dem Rentenrechte ein Pfandrecht wegen der verfallenen Rente verbunden sein. Vgl. oben Note 36.

64) Vgl. oben nach Note 22 und Note 36.

65) Vgl. oben Note 22, Note 50 a. E. Hamb. Stat. v. 1270 (bei Anderson a. a. O. S. 35) Nr. 13. Bremer Stat. v. 1433 Art. 50. Braunschw. Stat. I. 44 (Oelrichs, gloss. s. v. Webbeschat).

66) Z. B. einem Stadtrathe. So u. a. lüb. R. v. 1240 Art. 18.

67) S. Maurenbrecher a. a. O. §. 301, Note 3. Dieser Charakter tritt namentlich da auch jetzt noch hervor, wo ein Consens der Behörde zur Pfandbestellung gefordert wird: Kursächs. Const. II. 23. Dec. 60. Alte Prozeßordn. Tit. 46, §. 2. Erläut. Prozeßordn. Tit. 44, §. 1. Kind, quaest. for. III. 23. Hannöv. Verordn. v. 17. Aug. 1739 (Corp. const. Calenb. II. p. 897.), und schlesw.-holst. Ges. im n. staatsbürg. Mag. IV. S. 122, Note 24, S. 125, Note 34, S. 129, Note 53, 54, S. 131, Note 61, 62. — Zwar gibt es heutzutage eine Errichtung vor Beamten, welche dabei als Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit im neueren Sinne fungiren, worin die Befugniß zur Investitur nicht als begriffen gedacht werden kann. Hier kann im Zweifel diese Errichtungsart nicht einmal als ein Surrogat der Investitur, sondern nur als eine Modification der römischen Hypothekenbestellung betrachtet werden. So im lüneb. Stadtr. Th. 2, Tit. 17, und in den neueren Hypothekensystemen.

68) Vgl. oben Note 8 und Note 67.

69) So lüneb. Stadtr. a. a. O. Alte kursächs. Prozeßordn. Tit. 46, §. 3. Es gibt Gründe dafür, daß es ältere teutsche Ansicht war, selbst zu dem Dasein von Rechten auf Immobilien, denen die Gewere mangelte, zu fordern, daß ein Beweismittel dafür in die Hände des Berechtigten gegeben war, welches ihn in Ansehung der Geltendmachung von der Willkür Anderer unabhängig stellte. Dieß kann hier freilich nicht näher ausgeführt werden. Allein die Volks-

Jene öffentliche Errichtung mußte, als man alle öffentlichen Handlungen untrr öffentlicher Auctorität aufzuzeichnen oder zu protocolliren begann, zu einer gleichen Schriftlichkeit bei der Verpfändung, oder nunmehr der Hypothekenbestellung von Immobilien führen; insofern sie nicht etwa privatim errichtet waren, wie es das römische Recht zuläßt. Dadurch bildete sich ein Unterschied zwischen protocollirten oder ingrossirten Hypotheken, welche öffentliche, und nicht-protocollirten oder -ingrossirten, welche private sind. Je nachdem man nun die römische Errichtungsart ebenfalls als giltig anerkannte, oder nicht, konnte jener Unterschied fortdauern und den ersteren ein Vorzug vor letzteren eingeräumt werden, oder nicht. Im ersteren Falle nennt man das bestehende Ingrossationssystem das milde, im letzteren, wo jede Hypothek an Immobilien der Ingrossation bedarf, das strenge[70]). Das letztere läßt aus dem pactum hypothecae nur einen Anspruch oder Titel auf Bestellung einer Hypothek durch Ingrossation entstehen; und wenn es den Zweck der Sicherung der öffentlichen Hypotheken erreichen will, so darf es auch den Legalhypotheken keine größere Wirkung einräumen. Das erstere muß aber als dasjenige betrachtet werden, welches die gemeinrechtliche Theorie bildet, weil die Ungiltigkeit oder Unzulänglichkeit der römischen Begründungsart nur particularrechtlich besteht. Jener Vorzug mochte anfänglich keinen anderen Grund haben, als den, daß bei der Errichtung größere und hergebrachte Förmlichkeit beobachtet worden, indem dessenungeachtet die Sicherheit des Inhabers einer protocollirten Hypothek in Ungewißheit blieb, so lange ihm nicht die Möglichkeit gegeben war, beim Erwerbe der Hypothek zu ermitteln, inwiefern etwa das Recht des Hypothekenbestellers beschränkende Rechte, oder vorgehende privilegirte oder ältere protocollirte Hypotheken den Werth derselben verringerten[70a]). Denn nur eine solche Möglichkeit hätte der Sicherheit der Hypothek, bei gehöriger Vorsicht von Seiten des Gläubigers, dienlich sein können. Neuere Hypothekengesetze haben auch diese Möglichkeit herbeizuführen und mit dem Institute der Ingrossation zu verbinden gesucht, indem sie eine solche Einrichtung der öffentlichen Bücher vorschreiben, wodurch eine Uebersicht derjenigen Rechte und Ansprüche, welche den Werth einer zu erwerbenden Hypothek, als vor ihr das zu verhypothecirende Gut afficirend verringern, bald mit größerer, bald mit geringerer Vollständigkeit, gewährt wird, und zugleich den Grundsatz der Publicität und Specialität aufstellen. Vermöge dieses Grundsatzes darf einer ingrossirten Hypothek kein Recht an dem verhypothecirten Ge-

---

ansicht ist gewiß für das Erforderniß der Schrift bei solchen Verträgen, und es finden sich auch Beispiele, daß Gesetze dieselbe voraussetzen, indem sie Protocollation solcher Verträge vorschreiben. Vgl. n. staatsb. Mag. IV. S. 135—137, und die Noten dazu.

70) Maurenbrecher a. a. O. §. 308, wo sich in den Noten 2 und 4 auch die Länder verzeichnet finden, wo das eine oder das andere System gilt. Vgl. auch unten Note 147, 148.

70a) Nach älteren Hypothekenges., welche den ingrossirten Hypotheken jenen Vorzug beilegen, ist zuweilen jene Möglichkeit nicht gegeben. Vgl. n. staatsb. Mag. IV. S. 118 flg.

genstande, welches dem dem Verpfänder einmal giltig erworbenen Rechte, vermöge dessen er zur Hypothekenbestellung befugt ward, als ein coordinirtes[71]) oder subordinirtes (abgeleitetes[72])) gegenübersteht, bei der Befriedigung des Gläubigers vorgezogen werden, wenn es nicht aus dem dazu destinirten öffentlichen Buche ersichtlich (Publicität), und nicht als auf diesem Gegenstande haftend ausdrücklich in dasselbe an dem dazu bestimmten Orte eingeschrieben (Specialität) ist[73]). Zur Vollständigkeit des Institutes gehört aber auch die Einrichtung, daß Niemandem die Ingrossation einer Hypothek bewilligt wird, der nicht entweder in dem dazu bestimmten öffentlichen Buche als Inhaber des Rechtes (und des dafür bestimmten Folium im Buche, wo dessen Einrichtung es erfordert), es sei dieß nun volles Eigenthum, Ober- oder Untereigenthum, Pfandrecht[74]), Reallast oder Servitut[75]), eingeschrieben steht, oder sich als solcher bei der Ingrossation ausweist[76]). Auch wird die Eintragung von Veränderungen, welche in Ansehung der Hypotheken unbeschadet ihres Fortbestandes eintreten, wie die der Cessionen[77]) und die der Agnitionen neuer Schuldner[78]), für erforderlich erachtet, und bisweilen selbst gefordert, daß Inscriptionen von hypothekarischen Rechten nur auf bestimmte Summen geschehen[79]). — Ingrossation ist nun diejenige amtliche Handlung, welche durch Einschreibung in öffentliche Bücher den Grundsatz der Publicität resp. der Specialität im einzelnen Falle zur Wirksamkeit bringt; Tilgung diejenige ebenfalls amtliche Handlung, welche auf gleiche Weise diese Wirksamkeit ihrer nächsten Ursache, des Zustandes des Eingeschrie-

---

71) Wie z. B. eine Servitut dem Eigenthum oder sogen. Untereigenthum.

72) Z. B. Emphyteuse, Superficies dem Eigenthum, Pfandrecht auch dem sogen. Untereigenthum.

73) Vgl. v. Kamptz, Jahrb. für die preuß. Gesetzgebung u. s. w. XV. S. 120 flg. Mittermaier a. a. O. §. 262, Note 2, 3. Daß nach dem Principe der Specialität keine generellen Hypotheken bestehen können (ebendas. Note 3 und §. 265, und dagegen: Roßhirt, Zeitschrift für Civil- und Criminalr. I. S. 44), ist insofern richtig, daß bei Realfolien (unten Note 203) keine generellen öffentliche Hypotheken bestehen können. Anders bei Personalfolien (unten Note 203). Von der Publicität in Ansehung der Hypothek ist die des Buches zu unterscheiden, welche Roßhirt a. a. O. Note 62 zu verwechseln scheint.

74) So verpfänden namentlich die Inhaber der Pfandschaften. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 260, Note 41, auch oben Note 58—60.

75) Jedes derartige Recht (über Forderungen oben Note 2) muß denn (jedoch nicht nach dem preuß. Ges. v. 31. März 1834 für Westphalen) auch ein besonderes Folium im Hypothekenbuche erhalten können. Bayer. Hypothekenges. §. 120. Nur bei Afterverpfändungen wird man dem Hauptpfande (vgl. unten Note 114) kein besonderes Folium geben.

76) Die Berichtigung des Besitztitels. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 262, Note 9, §. 263, Note 19, 20, und im Arch. für civ. Prax. XVIII. S. 174, 175.

77) Mittermaier a. a. O. §. 263, Note 6, 7. Eichhorn, Einl. §. 190, IV. Preuß. H.-O. Tit. 2, §. 199. Bayer. H.-O. §. 53, 144 flg.

78) Vgl. unten Note 149.

79) Bayer. Hypothekenordn. §. 19, 20. Württemb. Art. 11. Weimar. §. 9.

benseins, giltig beraubt. Je ausnahmsloser jener Grundsatz festgehalten ist, desto vollständiger ist die Sicherheit, welche diese Einrichtung gewährt. Allein wenn seine Anwendung innerhalb der Grenzen juridischer Möglichkeit bleiben soll, so darf er doch gewisse Verhältnisse nicht berühren. Außerhalb dieser Grenzen liegt es nämlich, auch solche Rechte, welche dem Rechte des Verpfänders superordinirt, nämlich Voraussetzungen für dasselbe sind, oder von denen dasselbe abgeleitet ist, wie das dingliche Recht des Staates auf Abgaben, oder ein etwaiges Obereigenthum, unter diesen Grundsatz zu stellen, es sei denn, daß sie durch eine willkürliche Handlung oder Unterlassung des Verpfänders, oder seines Vorgängers, zu einer Zeit, wo jener Grundsatz bereits in Anwendung getreten und die dazu erforderlichen Einrichtungen getroffen worden, begründet worden wären[80]). Denn um den Grundsatz der Publicität auch nicht hypothekarischen dinglichen Rechten gegenüber realisiren zu können, ist es erforderlich, daß neben der Ingrossation der Hypotheken eine selbstständig geführte Ingrossation der sonstigen dinglichen Rechte besteht, welche, wenn sie auch das Dasein derselben nicht bedingt[81]), doch nicht blos zur Nachricht dient[82]), sondern wenigstens Bedingung ihrer Geltung den öffentlichen hypothekarischen Ansprüchen gegenüber ist[83]). Diese Art der Ingrossation[84]) setzt zu ihrer Wirksamkeit zwar voraus, daß zu der Zeit, wo sie vorgenommen wird, das ingrossirte Recht wirklich existirt, weil sie das Recht nicht begründet[85]), sondern nur ein solches sichert, oder, insofern sie auf das Recht des Verpfänders erstreckt ist[86]), ihn zur Vornahme hypothekarischer Ingrossationen in demselben Umfange befugt, in welchem er durch das so ingrossirte Recht selbst zur Hypothekenbestellung überhaupt befugt wird. Ist aber letzteres einmal wirksam ingrossirt, so müssen dem Ingrossate die ihm dadurch zu Theil gewordenen Wirkungen auch so lange verbleiben, als es nicht durch anderweitige Ingrossation eine auf

80) Denn dann würden sie durch ein Aufgeben von Rechten von Seiten des Verpfänders entstanden sein, auf welches die Regel: resoluto iure concedentis resolvitur ius concessum nicht anwendbar ist. Die zur Zeit des Erwerbes eines solchen superordinirten Rechtes, z. B. eines Obereigenthums, von Seiten eines Dritten, bereits bestehenden Hypotheken würden also auch, abgesehen von dem Grundsatze der Publicität, auf dem Stoffe, durch den das Obereigenthum gebildet, haften bleiben, und die später entstandenen öffentlichen brauchten vermöge jenes Grundsatzes das Dasein des letzteren nicht anzuerkennen, wenn und weil das ihnen gegenüber, für den Fall einer Verminderung des Werthes in dem durch das Hypothekenbuch giltig zugesicherten Umfange, erforderliche Sicherungsmittel der Ingrossation nicht angewendet worden. Vgl. bei Note 93, 94.

81) Vgl. unten nach Note 218.

82) Vgl. unten nach Note 226.

83) Vgl. unten nach Note 93.

84) Uneigentliche Ingrossation, zuweilen auch Vormerkung genannt. Vgl. unten Note 91 flg. und nach Note 232.

85) Eben so wenig als nach gemeinrechtlicher Theorie die eigentliche Ingrossation. Vgl. unten Note 96 flg. u. 234.

86) Gewöhnlich gehört dessen Eintragung ins Hypothekenbuch indeß zur Foliographie. Vgl. unten Note 229 flg.

diese influirende Veränderung erlitten hat; selbst dann, wenn dem ingrossirten Rechte selbst eine Beschränkung widerfahren, und selbst dann, wenn nach deren Eintritt mit Einwilligung desjenigen, auf dessen Namen das Ingrossat ursprünglich lautete, eine Transcription auf andere Personen erfolgt sein sollte, welche demnach nie Inhaber des Rechtes in der Beschaffenheit, wie es ursprünglich ingrossirt, geworden wären. Denn öffentliche hypothekarische Gläubiger brauchen keine Beschränkung der ursprünglichen Ingrossation ohne abändernde Ingrossation anzuerkennen, insofern sie nicht etwa blos zur Nachricht vorgenommen ist und die Rechte, deren Ingrossation in Frage steht, zur Sicherheit gegen sie der Ingrossation überall nicht bedürfen; in welchem letzteren Falle der Umfang ihres Pfandrechtes natürlich nie weiter gehen kann, als das dem Besteller zur Zeit der Entstehung des Pfandrechtes wirklich zustehende Recht. In unserem Falle muß aber, wenn A einmal mit seinem ihm in der That zustehenden vollen Eigenthume inscribirt worden, und er, nachdem er dem B das Obereigenthum veräußert hat, ohne daß diese Veränderung ingrossirt worden, die Transcription auf den C, der nur das Untereigenthum von ihm erworben hat, bewirkt, den von letzterem bestellten öffentlichen Hypotheken auch das Obereigenthum des B unterworfen sein[86a]). Diese juridische Anomalie muß überall entstehen, wo der Grundsatz der Publicität auch im Verhältnisse der hypothekarischen Rechte zu den nicht hypothekarischen sanctionirt ist, ohne durch eigentliche Grundbücher, nämlich solche, die zu Ingrossationen bestimmt sind, welche die Existenz jedes nicht hypothekarischen dinglichen Rechtes bedingen, unterstützt zu sein; wiewohl in die gemeinrechtliche Theorie die Unterstützung durch solche Bücher nicht hineingetragen werden darf. Wollte man aber behaupten, daß auch dann, wenn solche superordinirte Rechte bei der ursprünglichen Ingrossation, nämlich bei einer solchen, welche sich auf keine frühere, bei der Beurtheilung des Status der Ingrossationen noch in Betracht kommende Ingrossation, sondern nur auf das Dasein des ingrossirten Rechtes selbst, stützt, nicht berücksichtigt, z. B. wenn gleich Anfangs einem Untereigenthümer schlechthin als vollkommenem Eigenthümer ein Folium im Hypothekenbuche zu seiner Disposition gestellt worden, und sie auch sonst nicht an einem gehörigen Orte in dem öffentlichen Buche ersichtlich seien, die ingrossirten Gläubiger befugt wären, den verhypothecirten Gegenstand zu behandeln, als ob jene Rechte nicht beständen, also z. B. denselben erforderlichen Falles als gänzlich freies Eigenthum zu ihrer Befriedigung wirksam zu veräußern, so würde dieß dem Falle ganz gleich stehen, wo sie, auch wenn ihre Hypotheken ihnen von einem Nichteigenthümer bestellt worden wären, der als Eigenthümer in dem öffentlichen Buche eingeschrieben stände, ohne daß dieß vermöge einer Auctorisation des wahren Eigenthümers geschehen wäre, das Recht dieses letzteren durch eine solche Veräußerung brechen könnten. Daß aber dieß eine juridische Unmöglichkeit ist[86b]), so lange der Begriff von Eigenthum besteht, und nicht

---

86a) Bayer. Hypothekengeſ. §. 26, Zif. 1.
86b) S. württemb. Pfandgeſ. Art. 68, 69.

ein besonderes Privilegium die ingrossirten Gläubiger dazu befugt (welches aber mit jenem Grundsatze erst dann gegeben sein kann, wenn eine einmal giltig und wirksam geschehene Ingrossation den Grund dazu gelegt hat) außer Zweifel. — Auch folgt daraus, daß ein Gesetz nur denjenigen zur Bestellung öffentlicher Hypotheken fähig erklärt, der als Inhaber eines dazu befähigenden Rechtes inscribirt ist[87]), noch keineswegs, daß auch der, welcher ohne Recht so inscribirt worden, dazu befähigt sei; wiewohl da, wo eigentliche Grundbücher die Grundlage des Ingrossationswesens bilden, diese Regel allerdings aufgestellt werden[88]), aber auch ohne Verschulden der Inscriptionsbehörde (es sei denn, daß sie auf unverschuldete Weise über Identität oder Fähigkeit des Uebertragenden getäuscht worden wäre) ein solcher Fall nicht eintreten kann[89]). Und wenn bei dieser Einrichtung der Gebrauch herrscht, auch Personen das Eigenthum im Grundbuche zuzuschreiben, denen nur subordinirte Rechte zustehen, z. B. Untereigenthümern, Fideicommißinhabern, so bedarf es denn auch (mit Ausnahme des auch dem vollen Eigenthume superordinirten Rechtes auf öffentliche Abgaben) einer Inscription solcher Rechte, welche dem, nur der inneren Seite nach ihnen allein zustehenden Rechte superordinirt sind, damit nicht vermöge unseres Grundsatzes die ingrossirten Gläubiger jene Rechte brechen[90]). Dasselbe gilt aber, auch wo durch solche Grundbücher das Ingrossationswesen nicht unterstützt ist, von allen denjenigen dem Rechte des Verpfänders co- oder subordinirten dinglichen Rechten, in Ansehung welcher die Gesetze eine nicht blos zur Nachricht dienende Ingrossation vorschreiben[91]), welche nicht, wie die Hypothek, accessorische, sondern selbstständige, das Recht des Verpfänders beschränkende dingliche Rechte sind; sie mögen nun solche sein, welche eventuell die Dispositionen desselben rückwärts vernichten, wie z. B. der Vorbehalt des Eigenthums, oder solche, welche schon in der Gegenwart seine Dispositionsbefugniß aufheben oder einschränken, wie das sogen. Untereigenthum im Verhältnisse zum freien oder Obereigenthum, das eine Reallast begründende Recht, insofern es nicht Ausfluß eines Obereigenthums ist, und die Servitutenberechtigung im Verhältnisse zum Eigenthum es sind.

87) Weimar. Pfandges. §. 14.

88) Preuß. Landr. I. Tit. 20, §. 410, vgl. mit Tit. 10, §. 7—11, jedoch nur wenn der, welcher von ihm das Recht erwirbt, im guten Glauben ist. — Württemb. Pfandges. Art. 57. Allein als eine aus dem Grundsatze der Publicität folgende (Mittermaier a. a. O. §. 266, Nr. IX) Regel darf dieß (wiewohl das bayer. Hypothekenges. §. 25, 26, sich dahin ausspricht) gemeinrechtlich nicht angesehen werden, weil dessen Anwendung doch immer eine gültige Hypothek voraussetzt.

89) Denn hat die Behörde mit giltigem Consens des früheren Inscribirten die Transcription vorgenommen, so ist der neue Inscribirte Dritten gegenüber auch vollkommen zu Dispositionen befugter Eigenthümer geworden, und so lange dieß noch nicht geschehen, ist der bisherige Inscribirte ein solcher Eigenthümer geblieben.

90) Vgl. weimar. Pfandgesetz §. 135, 136, mit §. 14.

91) Dahin gehören auch diejenigen Hypothekengesetze, welche alle onera realia für die Ingrossation fähig und bedürftig erklären. S. m. Aufs. im n. staatsb. Mag. V. S. 1—41.

Zwar kann auch hier mit juridischer Consequenz nicht behauptet werden, daß wenn ein solches Recht einmal giltig entstanden sei (was in Ermangelung eigentlicher Grundbücher ja ohne Inscription eintreten kann), es von späteren, wenn auch ingrossirten Hypotheken afficirt werden könne, weil der Verpfänder denjenigen Stoff seines Rechtes, der von demselben bereits (interimistisch) getrennt ist, nicht mehr einer Hypothek unterwerfen kann; so wie es sich auf der anderen Seite von selbst versteht, daß auch die spätere Bestellung eines solchen Rechtes der früheren Hypothek, auch wenn sie nur eine private ist, also auch abgesehen von unserem Grundsatze, den ihr einmal unterworfenen Stoff nicht entziehen kann[92]). Allein es findet sich hier die Verschiedenheit von dem vorigen Falle, daß diese Rechte nicht solche sind, an welche das Recht des Pfandbestellers sich lehnt, sondern vielmehr solche, welche aus dem Rechte des Verpfänders ihren Stoff entnehmen oder entnommen haben, der diesem Rechte verbleibt oder wieder zu demselben zurückkehrt, sobald sie untergehen. Diese ihre Eigenschaft stellt sie in den Kreis derjenigen Rechte, welche durch Dispositionen des Verpfänders (oder eines Inhabers seines Rechtes) ihr Dasein erhalten und führt so die rechtliche Möglichkeit herbei, durch die gedachte Vorschrift diese Dispositionen (für den Fall, daß ihnen die Ingrossation nicht hinzutritt) in ihrer Wirksamkeit zu beschränken, eine Möglichkeit, die bei jenen superordinirten, der Disposition des Verpfänders überall entzogenen Rechten der Natur der Sache nach fehlt. Jene Vorschrift macht für den im Bisherigen dargelegten Falle die Existenz der in Rede stehenden Rechte zu einer bedingten, nämlich in der Art, daß sie davon abhängt, daß spätere hypothekarische öffentliche Gläubiger aus dem verpfändeten Gegenstande ihre volle Befriedigung erlangen können, ohne den Stoff jener Rechte anzugreifen[93]). Die Ingrossation gibt diesen Rechten also Sicherheit ihrer Existenz für diesen Fall; so wie auf der anderen Seite die Sicherheit der Hypotheken es erfordert,

---

92) Man findet indeß zuweilen die entgegengesetzte Ansicht. Vgl. Burchardi, im staatsb. Mag. VII. S. 169, IX. S. 129. Feddersen, ebendas. VIII. S. 78. Scholz, schlesw. Concursr. S. 78. Hennings, holst. Concursverf. §. 35. Thomsen, über die Schuld- und Pfandprot. im Herzogth. Schlesw. S. 34 flg. Bayer. Gerichtsordn. Cap. XVIII. §. 7 im Cod. iud. Bav. — Allein es liegt zu Tage, daß wenn Jemand ein unbelastetes Grundstück verpfändet, und darauf einen Nießbrauch oder eine Reallast an demselben constituirt, es der Dinglichkeit des Pfandrechtes widerstreitet, wenn dem Gläubiger nur verstattet wird, den nach Abzug dieser Rechte verbleibenden Werth des Gutes zu seiner Befriedigung anzugreifen. Daß zuweilen verfallenen Renten ein Vorzug vor einem hypothekarischen Capitale eingeräumt ist (n. lüb. R. III. Tit. 1, Art. 11; lüneb. Stadtr. II. Tit. 7), redet auch überall nicht dafür; und die dem Schuldner gestatteten Dispositionen dürfen dem Gläubiger nicht schaden (vgl. Mittermaier a. a. O. §. 266, Note 2; weimar. Pfandgesetz §. 119—121; auch Winiwarter, das österr. bürgerl. R. II. §. 163, S. 302). — Vereinfacht wird indeß das Verhältniß, wenn man die Bestellung solcher Rechte nur mit Zustimmung der hypothekarischen Gläubiger zuläßt, wie das bayer. Hypothekengef. §. 45.

93) Vgl. bayer. Gef. über die Einführung des Hypothekengef. v. 1. Juni 1822 §. 7, auch weim. Pfandgef. §. 119, 122, 189, 312.

daß jene Ingrossation ihre, nämlich jener Rechte, Sicherheit für diesen Fall bedingt[94]). — Eine andere Wirkung kann jene Ingrossation aber überall nicht haben; sie kann weder bewirken, daß das ingrossirte Recht einem früheren gleichartigen nicht ingrossirten Rechte, wenn der Stoff nicht für beide ausreicht, vorgehe, noch daß der Stoff, den jenes ergreift, von einer früheren nicht ingrossirten Hypothek befreit werde. Denn im ersteren Falle wäre das spätere ingrossirte Recht insoweit wegen Mangel an Stoff gar nicht begründet worden; im zweiten könnte die Ingrossation das einmal begründete Recht der älteren Privathypothek nicht brechen, weil ihr eine solche Wirkung nicht beigelegt ist, sondern nur die Kraft collidirenden Rechten untereinander einen Vorzug in Ansehung der Befriedigung aus einem gewissen Gegenstande zu gewähren, oder auch eine Sicherung gegen nachfolgende Ingrossationen. Keine dieser Wirkungen kann aber in diesem zweiten Falle, seiner Natur nach, stattfinden. Und hätte man mit der Sicherung der ingrossirten Hypotheken ein einfaches Verhältniß jener Rechte begründen wollen, so hätte man ihre Existenz absolut von der Ingrossation abhängig machen müssen, wie es auch dem älteren teutschen Ingrossationswesen entsprechend ist[95]). Die Vorschriften der neueren Hypothekengesetze haben aber, durchherrschend und von particulären Abweichungen abgesehen, lediglich die Sicherung der Hypotheken zum Endzwecke und ihr hauptsächliches Mittel dazu ist die gedachte durch Ingrossation zu begründende Präferenz. Eine Präferenz ist aber nur unter collidirenden Rechten möglich, und als collidirende Rechte können nur diejenigen betrachtet werden, welche giltig neben einander bestehen, aber nicht ihrer Natur nach, sondern blos der Unzulänglichkeit des Objectes oder des Stoffes wegen, in dem sie concurriren, nicht vollständig neben einander ausgeübt werden können[96]). Dieses Verhältniß kann nur eintreten unter Rechten, deren vereinte Geltendmachung an einem gewissen Objecte, ungeachtet ihrer absoluten Existenz, dennoch nur eine eventuelle ist, also unter allen Forderungsrechten im Concurse, unter hypothekarischen Rechten mit Einschluß der neueren teutschen Satzung und der Rentenrechte, insofern sie durch Nichtzahlung der verfallenen Wiederlösungssumme, letztere auch durch Nichtzahlung der verfallenen Rente, die Befugniß zur Erlangung eines Zuspruches oder zur Veräußerung des Objectes begründen[97]). Diese Rechte sind es denn auch allein, welche

---

94) Ueber die Nothwendigkeit der Ingrossation von Vorbehalten u. dgl.: Mittermaier a. a. O. §. 266, Note 22.

95) S. unten Note 206 flg.

96) Man findet die Bedeutung der Collision freilich gewöhnlich anders aufgefaßt. Vgl. Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 33. — S. indeß darüber, so wie über das bisher dargestellte Verhältniß zwischen der Hypothek und anderen dinglichen Rechten überhaupt: m. Auff. im n. staatsb. Mag. V. S. 1—41.

97) Vgl. oben Note 29, 30, 41. R. lüb. R. III. Tit. 1, Art. 13. In Schleswig wird auch das reservatum dominium so behandelt. — Eiserne Gelder werden der Hypothek und dem Rentenrechte gleichgestellt im weim. Pfandges. §. 138, jedoch so, daß von einem Rechte zur Sicherheit des eisernen Capitales geredet wird. Da aber eiserne Gelder unablösliche Rentenrechte sind, so läßt sich ein besonderes Recht zur Sicherheit nur in Ansehung der Zinsen denken.

von dem Principe der Publicität und Specialität seinem ganzen Umfange nach ergriffen werden können, wiewohl dasselbe nur ausnahmsweise auf Forderungen Anwendung gefunden hat[98]), und bei diesen, so wie auch bei der Ingrossation von Hypotheken auf Personalfolien (über welche das Genauere erst weiterhin gegeben werden kann), das Moment der Specialität in dem der Publicität gänzlich verschwindet, weil hier an einem und demselben Orte die Ingrossationen auf sämmtliche Güter des Schuldners vorgenommen werden[99]). Uebrigens ist die Anwendung dieses Princips auch bei derartigen Rechten dann rechtlich möglich, wenn sie an Mobilien bestellt sind. Allein einestheils hat eine solche Einrichtung der Hypothekenbücher, welche die Realisirung des Momentes der Specialität möglich machte, bei Mobilien besondere Schwierigkeiten[100]), und anderentheils droht der Wirksamkeit des ganzen Princips hier die besondere Gefahr durch Entfernung der Mobilien factisch eludirt, oder, wo der Grundsatz: Hand muß Hand wahren, gilt, durch mit Besitzübertragung verbundene anderweitige Dispositionen des Verpfänders rechtlich gebrochen zu werden[101]). Daher ist das gewöhnliche Resultat einer öffentlichen Hypothek an Mobilien, besonders wenn sie, wie gewöhnlich, eine generelle ist, nur das, welches auch durch die Ingrossation blos persönlicher Forderungen bewirkt wird, nämlich ein Vorzug im Concurse[102]) blos in Ansehung derjenigen Güter, welche zur Zeit desselben sich noch in der Masse befinden[103]). Eine Gesetzgebung also, welche es vermeiden will, die Folgen dieses Princips auf einen, für manchen täuschenden Schein reducirt zu sehen, wird, wie es auch dem älteren teutschen Ingrossationswesen gemäß ist, die Ingrossation, oder die öffentlichen Hypotheken, überhaupt auf Rechte der gedachten Art an Immobilien beschränken[104]). Der Vorzug der ingrossirten Hypothek gilt unbedingt allen simpeln Privathypotheken gegenüber, auch wenn diese öffentliche im Sinne des römischen

---

98) So z. B. schlesw. Hypothekenverordn. v. 1734, 1739. Holstein. v. 1698, 1767, 1771. Dadurch entsteht dann ein ohne Rücksicht auf das Alter gleicher (Verordn. v. 1767 §. 7) Vorzug vor nicht ingrossirten persönlichen Forderungen im Concurse. Vgl. n. Staatsb. Mag. V. S. 34—41.

99) Vgl. oben Note 73 und unten Note 205.

100) Es wäre dazu erforderlich, für jedes einzelne Mobiliarstück des Schuldners ein besonderes Folium im Folienbuche anzulegen.

101) Ueber den Einfluß des Grundsatzes: Hand muß Hand wahren, staatsb. Mag. I. S. 734. Vgl. auch lüb. R. III. Tit. 4, Art. 6. Hamb. Stadtr. II. Tit. 4, Art. 2. Friedrichsstädter Stadtr. II. 2. Tit. 5, Art. 4. Holstein. Verordn. v. 20. Febr. 1769 §. 14, 23. Nov. 1775 §. 14, 16. März 1787 §. 14.

102) Das weimar. Pfandgef. §. 386, vgl. mit §. 374, behandelt auch die generellen Hypotheken an Immobilien auf gleiche Weise.

103) Schutz dritter Besitzer gegen Generalhypotheken findet sich auch in neueren Gesetzen zuweilen ausdrücklich ausgesprochen. Vgl. oldenb. Hypothekenordn. v. 11. Oct. 1814 §. 20. Braunschw. Ges. v. 26. März 1823 §. 3.

104) Dieß ist in manchen Gesetzen geschehen, z. B. preuß. Landr. I. Tit. 20, §. 390. Oesterr. G.-B. §. 136. Code civ. art. 2114. Bayer. H.-O. §. 11. Württemb. Pfandges. Art. 3. Weim. Pfandges. §. 14—26. Vgl. auch Mittermaier a. a. O. §. 263, Nr. I.

Rechtes[105]), oder legale[106]) sind. Wo indeß das strenge System Leg hypotheken als solche[107]), und nicht blos als Titel zur Ingrossation, erkennt[107a]), müssen sie freilich den ingrossirten Hypotheken gleich stehen weil hier die Ingrossation die Hypothek nicht bevorzugt, sondern nothwendiges Erforderniß für deren freiwillige Begründung ist. Nur besondere Vorschriften können hier einen Unterschied zwischen jenen und diesen hervorrufen[108]). Inwiefern jener Vorzug auch den privilegirten Privathypotheken gegenüber stattfindet, ist in den Gesetzen verschieden bestimmt[109]). Es liegt indeß zu Tage, daß, je ausnahmsloser er in dieser Beziehung stattfindet, desto vollständiger auch der Zweck der Ingrossation erreicht wird. Spricht das Gesetz den privilegirten Hypotheken den Vorzug vor den ingrossirten nur überhaupt ab, so erscheint damit dem Privilegium im Verhältniß zu ingrossirten Hypotheken jede Wirksamkeit genommen, und man kann demnach den privilegirten Hypotheken durch die Ingrossation auch keinen anderen Vorzug zu Theil werden lassen, als denjenigen, den sie auch den einfachen gewährt[110]). Denn es würde dem Zwecke einer solchen Bestimmung widerstreiten, unter ingrossirten Hypotheken den privilegirten wiederum einen Vorzug zu geben, weil dann einfache oder minder privilegirte nie gegen spätere privilegirte oder mehr privilegirte Hypotheken gesichert sein würden. Der Vorrang unter den ingrossirten Hypotheken bestimmt sich vielmehr nur entweder lediglich nach der Zeit der Ingrossation, oder nach der bei der Ingrossation ausdrücklich

---

105) Diese können nur den nicht ingrossirten Hypotheken gegenüber ihren Vorzug behalten: Mittermaier a. a. O. §. 261, Nr. VII und daselbst Cit.

106) Mittermaier a. a. O. §. 264, Nr. II. Daß legale Hypotheken mit dem Grundsatze der Publicität im Widerspruche stehen (ebendas. a. Anf.), ist nur insofern der Fall, als man sie ohne Ingrossation den ingrossirten gleichstellt.

107) Braunschw. Ges. v. 26. März 1823. Vgl. Mittermaier, Arch. für civ. Prax. XVIII. S. 432 flg.

107a) Nur als Titel gelten sie z. B. nach preuß. Landr. I. Tit. 20, §. 1 flg., §. 399 flg.

108) So österr. Concursordn. v. 1. Mai 1781 §. 19, und in der Bremischen Erb- und Handfestenordnung v. 19. Dec. 1833 §. 133, 134, 149, 150. Vgl. Mittermaier, Arch. für civ. Prax. XVIII. S. 191, 192.

109) Gesetze, welche privilegirte Hypotheken (ohne Inscription) anerkennen, sind z. B. schlesw. und holst. Verordn. v. 20. Sept. 1698 §. 6, v. 6. April 1779, v. 8. Sept. 1796 §. 21, Code civ. art. 2134., und in der Regel alle kennen absolute, auch den öffentlichen Hypotheken vorgehende Privilegien (welche man zuweilen als Pfandrechte betrachtet: vgl. Winiwarter a. a. O. II. §. 137, S. 237), z. B. Code civ. art. 2095 sq.; bayer. Prior.-Ordn. v. 1. Juni 1822 §. 12; württemb. v. 15. April 1825 Art. 4; weim. v. 7. Mai 1839 §. 51, wiewohl zuweilen gemeinrechtliche Privilegien den öffentlichen Hypotheken nachstehen. Vgl. preuß. Landr. Th. 2, Tit. 1, §. 259, Tit. 2, §. 177. Allg. preuß. Gerichtsordn. Th. 1, Tit. 50, §. 395 flg. Bayer. Prior.-Ordn. §. 18.

110) Auch das franzöf. Recht gibt den priv. Hypotheken, welche durch Ingrossation ihr Privilegium conserviren sollen, in Beziehung auf öffentliche hypothekarische Gläubiger nur die Priorität nach der Zeit der Ingrossation. Code civ. art. 2113. 2134. Vgl. indeß auch art. 2135.

bestimmten zur Zeit der Ingrossation noch disponiblen Priorität [111]). Eine zweckmäßige Hypothekenbuchführung muß denn auch, sofern nicht im letzteren Falle die Möglichkeit dazu abgeschnitten ist, darnach die örtliche Aufeinanderfolge oder den Platz der Ingrossationen im Buche bestimmen, und bisweilen findet sich die ausdrückliche Vorschrift, daß allein diese Aufeinanderfolge den Vorrang bestimmt, wenn nicht bei der Ingrossation eine Aenderung vereinbart und inscribirt worden [112]). Diejenige Hypothek, der eine andere vorgeht, heißt zuweilen die Nachhypothek [113]). Die Afterhypothek, d. h. die an einer Hypothek bestellte Hypothek, tritt natürlich in das Verhältniß der letzteren, der Haupthypothek [114]). — Bei der ersten Einführung von Hypothekenbüchern, welche den ingrossirten Hypotheken einen Vorzug vor anderen gewähren sollen, kann dieser im Verhältnisse zu den bereits vor der Einführung entstandenen Hypotheken nicht eintreten, wenn das Gesetz nicht deßfallsige Anordnungen trifft und dadurch die von ihnen den ingrossirten Hypotheken drohende Gefahr abwendet. Dieß pflegt durch ein Proclam bewirkt zu werden, welches die Inhaber früherer Hypotheken oder anderer dinglicher Rechte, welche nach der neuen Einrichtung der Ingrossation zu ihrer Sicherheit bedürfen, unter Androhung des Verlustes ihrer Vorrechte oder Rechte im Verhältnisse zu ingrossirten Hypotheken, auffordert, dieselben in einer festgesetzten Frist zur Ingrossation anzumelden [115]). Unter den zur Ingrossation gelangten Rechten dieser Art darf dann nicht die Zeit der Anmeldung die Rangordnung bestimmen, sondern es muß vielmehr die bisher unter ihnen bestandene bleiben [116]), welche sich denn in Ansehung des Vorranges der Hypotheken, abgesehen von Privilegien und dem Vorzuge des römischen pignus publicum nach der Entstehungszeit richtet. Sonst entscheidet die Entstehungszeit unter den ingrossirten Hypotheken, wenn sie von der Ingrossationszeit verschieden ist, auch dann nicht, wenn für eine ingrossirte Hypothek, welche keine genügende Sicherheit mehr zu gewähren scheint, eine andere bestellt wird [117]). Allein sie kann den Einfluß haben, daß sie eine Ingrossation gänzlich wirkungslos macht, wenn nämlich dieselbe eine noch nicht existirende Hypothek betrifft, die von einer solchen Suspensivbedingung abhängt, deren Existenz rein in die Willkür des Bestellers gesetzt ist, und die erstgenannte blos von der

111) Diese kann eine andere sein, als die nach der Zeitfolge der Ingrossation sich ergebende. Vgl. oben Note 47, 48, 49.

112) Mecklenb. Hypothekenordn. für die rittersch. Güter §. 18.

113) Vgl. württemb. Pfandges. Art. 99. Einführungsges. Art. 23. Einführungsinstr. §. 125.

114) Winiwarter a. a. O. II. §. 140, S. 246.

115) Z. B. preuß. Patent v. 22. Mai 1815, Einführ. der H.-O. in den wieder vereinigten Provinzen betr., und angef. mecklenb. Hypothekenordn. v. 11. und 22. Nov. 1819 §. 3 flg., bei v. Kamptz, Jahrb. V. S. 38 flg., XV. S. 221.

116) Vgl. bayer. Einführungsges. v. 1. Juni 1822 §. 10.

117) Dieß kann vorkommen, wenn die rückständigen in gleicher Priorität mit dem Capitale ingrossirten Zinsen diese Priorität verloren haben. Vgl. württemb. Pfandges. Art. 54.

Zeit der Ingrossation abhängende Rangordnung gilt, die Bedingung mag nun unmittelbar der Hypothek, oder der Forderung, für welche sie gelten soll, hinzugefügt sein[118]). Denn hier mangelt es an einem Titel zur Ingrossation, und wenn derselbe später zur Existenz kommt, so kann er wegen mangelnder Rückwirkung[119]) der früheren Ingrossation keine Kraft mehr verleihen. Ist die Bedingung mit ingrossirt, so ist die Ingrossation, als mit sich selbst im Widerspruche stehend, nichtig[120]). Ist dieß dahingegen unterblieben, so bedarf es zu ihrer Vernichtung noch einer Tilgung, sie ist rescissibel, d. h. sie muß zwar als rechtlich bestehend, aber als wirkungslos behandelt werden; wiewohl dann, wenn die Forderung selbst unbedingt wäre, und die Ingrossation zur Begründung der Hypothek diente, diese selbst unbedingt bestellt, und nur vermittelst einer condictio sine causa gegen deren Inhaber anfechtbar wäre[121]), die jedenfalls mit der Existenz der Bedingung hinfällig werden würde[122]). Und wenn man von dem der Satzung und ihr gleichstehenden Rechten entsprechenden Gesichtspunkte ausgeht, daß das dingliche Recht die Forderung consumirt[123]), so wird bei einer solchen Ingrossation auch dann, wenn die Forderung selbst in der gedachten Art bedingt ist, oder, wie sich hier die Sache stellt, die Leistung oder das Geben, für welches das Pfandrecht bestellt ist, erst erfolgen soll, wenn der Verpfänder durch seine Willkür einen gewissen Umstand herbeigeführt haben wird, diese eben (bei Note 119, 120) gedachte Lage herbeigeführt. — Es kann demnach particuläre Rechte geben, nach denen auch im Falle einer derartigen Bedingtheit der Forderung selbst die Rescissibilität der Ingrossation bestritten werden müßte, so wie von derselben da, wo der Folieninhaber so frei über die Priorität disponirt, daß er sich einen bevorzugten Platz zur beliebigen Disposition vorbehalten darf[124]), so lange er noch zu solchen Dispositionen befugt ist, nur dann die Rede sein kann, wenn er selbst sie beantragt. — Bei Personalfolien ist auch eine Ingrossation auf künftige Güter des Ingrossanten möglich, und obwohl hier das Pfandrecht erst mit dem Zeitpunkte des Erwerbes der Güter beginnen kann[125]), so darf man doch deßhalb die durch die nun einmal

---

118) Ingrossationen bedingter Forderungen und Hypotheken, mit Hinzufügung der Bedingung, sind zulässig: Mecklenb. H.-O. für die ritterschaftl. Güter §. 32.

119) Vgl. Thibaut, Syst. des Pandektenr. §. 92, §. 811.

120) Denn es bedürfte hier, wo die Nichtigkeit aus dem Ingrossate selbst erhellte, nicht einmal einer Tilgung desselben; welche dahingegen im Falle der Verschweigung der Bedingung, sei es nun mit Consens des Ingrossirten oder in Folge richterlichen Erkenntnisses, immer geschehen müßte, ehe man das, ja in der That einen an sich untadelhaften Zustand der Ingrossation begründende Ingrossat als nicht vorhanden behandeln könnte.

121) Weil nämlich dem Ingrossirten nicht blos der factische Zustand der Ingrossation, sondern ein Recht sine causa ertheilt worden.

122) Arg. L. 16. D. de cond. indebiti. (12. 6.)

123) Vgl. oben Note 36 flg. und unten nach Note 143.

124) Vgl. oben Note 47 flg. und unten Note 137.

125) L. 7. §. 1. D. qui pot. in pignore. (20. 4.) Die Ansicht, daß dieß darauf beruhe, daß die in einer solchen Verpfändung liegende (stillschwei-

gestattete Ingrossation bestimmte Rangordnung nicht als aufgehoben betrachten, und etwa allen vorher entstandenen ingrossirten Hypotheken gleichen Rang in Ansehung derselben anweisen. Wo dahingegen Realfolien bestehen, ist sie nur im uneigentlichen Sinne denkbar, nämlich in der Art, daß der Ingrossant auf fremde Güter, als ob sie bereits die seinigen wären, die Ingrossation erlangt und später die Güter erwirbt. Hier würde ein Convalesciren[126]) des Actes nur möglich sein, wenn er entweder als zur Ingrossation auf diese Güter befugt inscribirt wäre, oder ohne solche Inscription die Ingrossation rechtlich bewirken können, weil sonst dem Acte jede Wirksamkeit mangeln müßte. Allein ließe es sich, ebenso wie in dem Falle, wo durch Ratihabition des wirklich Berechtigten eine Convalescenz eingetreten wäre, nicht rechtfertigen, beim Eintritte der Convalescenz auch dann die Priorität nach dem Zeitpunkte der Ingrossation zu bestimmen, wenn dadurch ein Vorzug vor solchen Gläubigern, welche bereits vor dem Zeitpunkte der Convalescenz eine sofort giltige öffentliche Hypothek erlangten, gegeben würde, und mehreren von derselben nichtberechtigten Person bestellten convalescirten öffentlichen Hypotheken würde nur unter sich die Priorität nach der Zeitfolge der Ingrossation zustehen können. Denn die Regel: daß das Zurückwirken des Convalescirens unwirksamer Acte nur gegen denjenigen eintritt, der dasselbe herbeiführte[127]), und die bereits vor Eintritt desselben erworbenen Rechte Anderer nicht brechen kann[128]), darf nicht durch die Vorschriften über die Rangordnung ingrossirter Hypotheken als aufgehoben angesehen werden, da und insofern die Gesetze diesen Fall nicht berühren[129]). In Ansehung sonstiger zukünftiger Forderungen und Hypotheken, bei denen nämlich das begründende, die reine Willkür des Ingrossanten ausschließende Moment[130]) zur Existenz gekommen ist, kann aber

---

gende) Bedingung: si in dominium meum pervenerint, nicht zurückwirke (Thibaut a. a. O. und in den Zusätzen dazu, edirt von Braun und Froben; Hepp, Arch. für civ. Prax. X. S. 281 flg.; Sintenis, Handb. des Pfandr. S. 383 flg.), ist, außer von Wening-Ingenheim und Mühlenbruch, neuerdings bezweifelt und bestritten von Roßhirt, Zeitschrift I. S. 26 flg.; Warnkönig, Arch. für civ. Prax. XXI. S. 178 flg. — Indeß tritt doch Zurückwirkung ein, wenn eine res aliena ohne Hinzufügung einer solchen Bedingung dem, der in bona fide war, verpfändet wird: L. 9. §. 3. L. 14. D. eod. L. 16. §. 1. D. de pignor. (20. 1.)

126) Nimmt man an, daß auch die vom Nichtberechtigten erwirkten Ingrossationen giltig und wirksam sind (oben Note 88), so bedarf es dessen freilich nicht.

127) Denn nur in so weit gestatten die Gesetze die Rückwirkung (vgl. Thibaut a. a. O. §. 111 und das. Cit.), was überdieß in der Natur der Sache liegt. S. auch weim. Pfandges. §. 14, 15, §. 131, Z. 1.

128) Auch der Grundsatz der Publicität in seiner richtigen Begrenzung kann dahin nicht führen.

129) Der Fall der Verpfändung zukünftiger Güter fällt in den Gesetzen, welche sie nicht ausschließen, unter deren allgemeine Bestimmungen; aber die Verpfändung fremder Güter ist ein von ihnen überall nicht gestatteter Act.

130) Vgl. m. Identität u. s. w. S. 123 flg., über die aus einem begründenden und vollendenden Moment zusammengesetzten juristischen Thatsachen.

die Ingrossation jeder Art mit voller Wirksamkeit vorgenommen werden. Daher erhalten die wegen künftiger Ansprüche aus einem bereits bestehenden Verhältnisse, z. B. aus einer Vormundschaft, ingrossirten Hypotheken die Priorität nach der zur Zeit der Ingrossation vorhandenen Lage, die auf die Zinsen erstreckte ingrossirte Hypothek auch für diese die Priorität des Capitales[131]). Auch wo die Forderung des Gläubigers als ein erst später zur Existenz kommender Anspruch auf Wiederablösung des ihm bestellten Pfandrechtes oder Rentenrechtes aufgefaßt werden kann[132]), kommt dieses immer schon vor jenem Anspruche zur Existenz und erhält seine Priorität nach der zur Zeit der Ingrossation vorhandenen Lage[133]). — Die sich lediglich nach der Zeitfolge der Ingrossation bestimmende Rangordnung muß im Zweifel immer nach dem römischen Rechte, als dem gemeinen, beurtheilt werden. Es kann in der Vorschrift derselben allein demnach auch kein Ausschluß des Einrückens eines Gläubigers an die Stelle eines anderen, in den Fällen, wo das römische Recht es gestattet, gefunden werden[134]). Nicht weniger muß denn auch mit Zustimmung eines früher ingrossirten Gläubigers, unbeschadet der Rechte etwa in der Mitte stehender Gläubiger, ein späterer ihm vor- oder gleich- oder an seine Stelle gesetzt werden können[134a]), und gleiche Priorität findet auch unter mehreren statt, wenn nach der Ingrossationsart nicht zu bestimmen ist, wer von ihnen zuerst die Ingrossation erlangt hat, oder welchem von ihnen etwa vor dem anderen die bevorzugte Hypothek eingeräumt ist, wie dieß bei mehreren an demselben Tage vorgenommenen

---

131) Im Concurse ist dieselbe jedoch regelmäßig auf zweijährige Rückstände beschränkt.

132) Vgl. oben Note 36 flg.

133) Der ältere Rentenberechtigte hat ohne Zweifel die Priorität vor der Hypothek, welche bestellt wurde, ehe sein Recht auf Wiederablösung zur Existenz kam. Es folgt dieß schon daraus, daß der Stoff des Rentenrechtes während dessen Existenz dem Pfandrechte gar nicht unterworfen sein konnte.

134) S. indeß Scholz, Concursrecht S. 90. Mittermaier a. a. O. §. 261, Note 29, und Winiwarter a. a. O. II. §. 155, S. 282, 283, nach denen nur das Datum der Eintragung entscheiden und eine Uebertragung der Hypothek auf eine andere Schuld unzulässig sein soll. Allein gemeinrechtlich läßt sich dieß nicht vertheidigen (vgl. auch württemb. Pfandges. Art. 105, 106; weimar. §. 72 flg.), und es ist nicht einzusehen, weßhalb z. B. in dem Falle der L. 1. C. de his qui in prior. credit. loc. (8. 19.) nicht (wie es auch das württemb. Pfandges. Art. 107 gestattet) eine Transcription von dem abgefundenen Gläubiger auf den, welcher das Geld zur Abfindung hergab, stattfinden könnte, sobald sie nur gleichzeitig und in Verbindung mit der Tilgung des Postens in Ansehung des ersteren bewerkstelligt wird. Zwar ist die Tilgung dann keine absolute, oder vielmehr nur ein Theil der Transcription. Allein es ist auch nicht gesagt, daß eine Tilgung nur mit Modificationen geschehen könne, wo dieß ausdrücklich gestattet, und nicht auch sonst, wenn ein rechtlicher Anspruch entstanden sei, der eine Modification derselben erheische. Stößt man sich an die Bemerkung: getilgt, welche dem Posten hinzugefügt wird, so kann man auch diesen Anstoß dadurch beseitigen, daß man statt dessen setzt: auf ertheilten Consens zur Tilgung ist dieser Posten transcribirt u. s. w.

134a) Württemb. Pfandges. Art. 104.

Ingrossationen der Fall zu sein pflegt[135]). Denn ist hier nicht etwa ausdrücklich vorgeschrieben, daß außer der Zeitfolge auch die Reihenfolge der Ingrossationen im Hypothekenbuche den Vorzug bestimmen soll[135a]), so kann man keinen als den früher Ingrossirten betrachten. — Die zweite Rangordnung entspricht der der teutschen Satzung angehörigen Ansicht, nach welcher der Verpfänder durch Vereinbarung mit dem Pfandinhaber dessen Befugniß zur Geltendmachung seines Pfandrechtes an die Voraussetzung knüpfen kann, daß zuvor gewisse andere Rechte an dem verpfändeten Gegenstande durch ihn oder seinen Werth aufrecht erhalten oder gesichert bleiben[136]). Hier würde also consequent der Untergang eines solchen vorgehenden Rechtes der nachfolgenden Hypothek den dem Verpfänder wieder zugefallenen Stoff desselben nicht unterwerfen. Allein mit solcher Consequenz hat sich diese Ansicht in der Regel nicht geltend gemacht, sondern nur so viel bewirkt, daß der Verpfänder es sich vorbehalten kann, über jenen Stoff zu Gunsten anderer Gläubiger zu disponiren, und dadurch das Einrücken der nachfolgenden zu verhindern, wobei es ihm denn auch gestattet zu sein pflegt, sich die Disposition über eine noch keinem Gläubiger eingeräumt gewesene Priorität zu Gunsten eines jüngeren Gläubigers dadurch vorzubehalten, daß er eine Ingrossation ohne Benennung eines Gläubigers vornehmen läßt, um sie jedem beliebigen Gläubiger auch dann noch übertragen zu können, wenn bereits andere eine Ingrossation erlangt haben[137]). — So reducirt sich ihre Bedeutung auf eine bloße Modification der ersten Rangordnung, und es müssen alle Umstände, welche nach römischem Rechte ein Einrücken in die Stelle eines anderen hypothekarischen Gläubigers begründen, auch hier mit derselben Wirkung verbunden sein. Erfordert aber das Einrücken eine Tilgung einer früheren **und** eine neue Ingrossation, so darf jene, wenn die erste Rangordnung gilt, nur in gleichzeitiger Verbindung mit der letzteren[138]), wenn aber die zweite Rangordnung gilt, nicht definitiv geschehen[139]), wenn es nothwendig ist, das, keiner neuen Ingrossation bedürfende, Auf- und Einrücken der **nachstehenden** Ingrossationen nach ihrer Rangordnung zu verhindern, um das durch jene neue Ingrossation bezweckte Einrücken möglich zu machen. Dieß ist dann der Fall, wenn ein Gläubiger mit einer ganz neuen Forderung, also auch mit einer neuen Hypothek in den Platz einer anderen Ingrossation eintreten

---

135) Vgl. bayer. Hypothekengef. §. 60. Württemb. Art. 97. Wo man die Stunde hinzufügt, wie in Preußen, gilt dieß natürlich nur in Ansehung der in derselben Stunde Ingrossirten. **Mittermaier** a. a. O. §. 266, Note 7—9.

135a) Weim. Pfandgef. §. 150.

136) Vgl. oben Note 47, 48.

137) Vgl. oben Note 47, 48, 49. Dieß gilt in Preußen: v. **Kamptz**, Jahrb. V. S. 112, 114, 115, VI. S. 258; ferner nach der mecklenb. Hypothekenordn. für die ritterschaftl. Güter §. 19; bayer. Hypothekengef. §. 150; weimar. Pfandgef. §. 39, 147, 157; nicht aber in Oesterreich, nach **Winiwarter** a. a. O. II. §. 155, S. 282, 283.

138) Vgl. oben Note 134 und württemb. Pfandgef. 107.

139) Z. B. nur ante lineam. S. unten Note 269.

die Ingrossation jeder Art mit voller Wirksamkeit vorgenommen werden. Daher erhalten die wegen künftiger Ansprüche aus einem bereits bestehenden Verhältnisse, z. B. aus einer Vormundschaft, ingrossirten Hypotheken die Priorität nach der zur Zeit der Ingrossation vorhandenen Lage, die auf die Zinsen erstreckte ingrossirte Hypothek auch für diese die Priorität des Capitales[131]). Auch wo die Forderung des Gläubigers als ein erst später zur Existenz kommender Anspruch auf Wiederablösung des ihm bestellten Pfandrechtes oder Rentenrechtes aufgefaßt werden kann[132]), kommt dieses immer schon vor jenem Anspruche zur Existenz und erhält seine Priorität nach der zur Zeit der Ingrossation vorhandenen Lage[133]). — Die sich lediglich nach der Zeitfolge der Ingrossation bestimmende Rangordnung muß im Zweifel immer nach dem römischen Rechte, als dem gemeinen, beurtheilt werden. Es kann in der Vorschrift derselben allein demnach auch kein Ausschluß des Einrückens eines Gläubigers an die Stelle eines anderen, in den Fällen, wo das römische Recht es gestattet, gefunden werden[134]). Nicht weniger muß denn auch mit Zustimmung eines früher ingrossirten Gläubigers, unbeschadet der Rechte etwa in der Mitte stehender Gläubiger, ein späterer ihm vor- oder gleich- oder an seine Stelle gesetzt werden können[134a]), und gleiche Priorität findet auch unter mehreren statt, wenn nach der Ingrossationsart nicht zu bestimmen ist, wer von ihnen zuerst die Ingrossation erlangt hat, oder welchem von ihnen etwa vor dem anderen die bevorzugte Hypothek eingeräumt ist, wie dieß bei mehreren an demselben Tage vorgenommenen

131) Im Concurse ist dieselbe jedoch regelmäßig auf zweijährige Rückstände beschränkt.

132) Vgl. oben Note 36 flg.

133) Der ältere Rentenberechtigte hat ohne Zweifel die Priorität vor der Hypothek, welche bestellt wurde, ehe sein Recht auf Wiederablösung zur Existenz kam. Es folgt dieß schon daraus, daß der Stoff des Rentenrechtes während dessen Existenz dem Pfandrechte gar nicht unterworfen sein konnte.

134) S. indeß Scholz, Concursrecht S. 90. Mittermaier a. a. O. §. 261, Note 29, und Winiwarter a. a. O. II. §. 155, S. 282, 283, nach denen nur das Datum der Eintragung entscheiden und eine Uebertragung der Hypothek auf eine andere Schuld unzulässig sein soll. Allein gemeinrechtlich läßt sich dieß nicht vertheidigen (vgl. auch württemb. Pfandges. Art. 105, 106; weimar. §. 72 flg.), und es ist nicht einzusehen, weßhalb z. B. in dem Falle der L. 1. C. de his qui in prior. credit. loc. (8. 19.) nicht (wie es auch das württemb. Pfandges. Art. 107 gestattet) eine Transcription von dem abgefundenen Gläubiger auf den, welcher das Geld zur Abfindung hergab, stattfinden könnte, sobald sie nur gleichzeitig und in Verbindung mit der Tilgung des Postens in Ansehung des ersteren bewerkstelligt wird. Zwar ist die Tilgung dann keine absolute, oder vielmehr nur ein Theil der Transcription. Allein es ist auch nicht gesagt, daß eine Tilgung nur mit Modificationen geschehen könne, wo dieß ausdrücklich gestattet, und nicht auch sonst, wenn ein rechtlicher Anspruch entstanden sei, der eine Modification derselben erheische. Stößt man sich an die Bemerkung: getilgt, welche dem Posten hinzugefügt wird, so kann man auch diesen Anstoß dadurch beseitigen, daß man statt dessen setzt: auf ertheilten Consens zur Tilgung ist dieser Posten transcribirt u. s. w.

134a) Württemb. Pfandges. Art. 104.

Ingrossationen der Fall zu sein pflegt[135]). Denn ist hier nicht etwa ausdrücklich vorgeschrieben, daß außer der Zeitfolge auch die Reihenfolge der Ingrossationen im Hypothekenbuche den Vorzug bestimmen soll[135a]), so kann man keinen als den früher Ingrossirten betrachten. — Die zweite Rangordnung entspricht der der teutschen Satzung angehörigen Ansicht, nach welcher der Verpfänder durch Vereinbarung mit dem Pfandinhaber dessen Befugniß zur Geltendmachung seines Pfandrechtes an die Voraussetzung knüpfen kann, daß zuvor gewisse andere Rechte an dem verpfändeten Gegenstande durch ihn oder seinen Werth aufrecht erhalten oder gesichert bleiben[136]). Hier würde also consequent der Untergang eines solchen vorgehenden Rechtes der nachfolgenden Hypothek den dem Verpfänder wieder zugefallenen Stoff desselben nicht unterwerfen. Allein mit solcher Consequenz hat sich diese Ansicht in der Regel nicht geltend gemacht, sondern nur so viel bewirkt, daß der Verpfänder es sich vorbehalten kann, über jenen Stoff zu Gunsten anderer Gläubiger zu disponiren, und dadurch das Einrücken der nachfolgenden zu verhindern, wobei es ihm denn auch gestattet zu sein pflegt, sich die Disposition über eine noch keinem Gläubiger eingeräumt gewesene Priorität zu Gunsten eines jüngeren Gläubigers dadurch vorzubehalten, daß er eine Ingrossation ohne Benennung eines Gläubigers vornehmen läßt, um sie jedem beliebigen Gläubiger auch dann noch übertragen zu können, wenn bereits andere eine Ingrossation erlangt haben[137]). — So reducirt sich ihre Bedeutung auf eine bloße Modification der ersten Rangordnung, und es müssen alle Umstände, welche nach römischem Rechte ein Einrücken in die Stelle eines anderen hypothekarischen Gläubigers begründen, auch hier mit derselben Wirkung verbunden sein. Erfordert aber das Einrücken eine Tilgung einer früheren und eine neue Ingrossation, so darf jene, wenn die erste Rangordnung gilt, nur in gleichzeitiger Verbindung mit der letzteren[138]), wenn aber die zweite Rangordnung gilt, nicht definitiv geschehen[139]), wenn es nothwendig ist, das, keiner neuen Ingrossation bedürfende, Auf- und Einrücken der nachstehenden Ingrossationen nach ihrer Rangordnung zu verhindern, um das durch jene neue Ingrossation bezweckte Einrücken möglich zu machen. Dieß ist dann der Fall, wenn ein Gläubiger mit einer ganz neuen Forderung, also auch mit einer neuen Hypothek in den Platz einer anderen Ingrossation eintreten

135) Vgl. bayer. Hypothekenges. §. 60. Württemb. Art. 97. Wo man die Stunde hinzufügt, wie in Preußen, gilt dieß natürlich nur in Ansehung der in derselben Stunde Ingrossirten. Mittermaier a. a. O. §. 266, Note 7—9.

135a) Weim. Pfandges. §. 150.

136) Vgl. oben Note 47, 48.

137) Vgl. oben Note 47, 48, 49. Dieß gilt in Preußen: v. Kamptz, Jahrb. V. S. 112, 114, 115, VI. S. 258; ferner nach der mecklenb. Hypothekenordn. für die ritterschaftl. Güter §. 19; bayer. Hypothekenges. §. 150; weimar. Pfandges. §. 39, 147, 157; nicht aber in Oesterreich, nach Winiwarter a. a. O. II. §. 155, S. 282, 283.

138) Vgl. oben Note 134 und württemb. Pfandges. 107.

139) Z. B. nur ante lineam. S. unten Note 269.

soll, ohne schon vermöge der bestehenden Rangordnung hierauf Anspruch zu haben, wie derjenige, mit dessen Gelde ein anderer vorgehender ingrossirter hypothekarischer Gläubiger befriedigt worden, während er sich zugleich diese Befriedigung und dessen Hypothek von dem Verpfänder ausbedungen hat[140]). Eine Tilgung, so wie eine neue Ingrossation, ist dahingegen überflüssig, wenn durch Cession oder durch das ius offerendi, es werde nun dieses von einem ingrossirten oder von einem nicht ingrossirten hypothekarischen Gläubiger ausgeübt, ein Gläubiger an die Stelle eines anderen tritt. Denn in beiden Fällen bleibt die bisherige Forderung und die bisherige Hypothek, und nur die Ausübung der in ihnen enthaltenen Befugnisse geht auf eine andere Person über[141]). Auch liegt in dem Wesen einer ingrossirten Hypothek überall kein Grund, welcher das ius offerendi gegen ihren Inhaber ausschließen oder beschränken könnte. Allein da es auch nach römischem Rechte nicht gerechtfertigt werden kann, daß es ausgeübt werden könne, ehe der Schuldner einen Anspruch auf Liberation habe[142]), so kann es auch jetzt nicht eher geübt werden, als das Capital verfallen ist, also bei auf Kündigung stehenden Capitalien erst nach Ablauf der Kündigungsfrist oder im Concurse[143]). Denn früher würde, ebenso wie bei früherer Zahlung des Schuldners selbst, das Interesse des Gläubigers bei der Fortdauer des Verhältnisses nicht allein in Ansehung des etwaigen Zinsenbezuges, sondern auch in Ansehung der Sicherheit seines Geldes, die er etwa in diesem Verhältnisse fester als in dem eigenen Innehaben desselben begründet sieht, verletzt werden. Und bei einem auf Kündigung ausstehenden Capitale nimmt überdieß die Pflicht des Schuldners den Charakter einer erst nach der Kündigung existent werdenden Wiederauflösungspflicht des durch die Hingabe des Capitales begründeten Verhältnisses der Vermehrung des Vermögens des Schuldners aus dem Vermögen des Gläubigers, oder des dafür wiederum diesem von jenem ertheilten dinglichen Rechtes an, so daß vor der Kündigung, und ohne Abänderung des Verhältnisses durch dessen Subjecte, selbst eine anticipirte Erfüllung dieser Pflicht unmöglich ist[144]). Hat nun

---

140) Vgl. oben Note 134 und L. 1. C. ibid. cit.

141) Daß durch die Ausübung des ius offerendi eine neue Forderung und ein neues Pfandrecht dem Schuldner gegenüber begründet werde, läßt sich deshalb nicht behaupten, weil des letzteren Zustimmung dazu nicht erforderlich ist. Der Offerirende kann daher nur die Klagen desjenigen, dem er offerirt, utiliter erhalten. Dazu passen auch ganz die Worte: Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur etc. in L. 16. D. qui potiores in pign. (20. 4.) So auch württemb. Pfandgef. Art. 105, 106. Weimar. §. 72 flg.

142) Denn der Creditor zahlt hier statt des gemeinsamen Schuldners, und ehe der, dem er offerirt, nicht gehalten ist, diesen gegen Zahlung zu liberiren, kann er auch nicht gehalten sein, durch Annahme der Zahlung sich seiner Klage verlustig zu machen.

143) Weimar. Pfandgef. §. 76. — Erst nachdem die Forderung eingeklagt ist nach bayer. Hypothekengef. §. 63, vgl. §. 64.

144) Das Darleihen bis auf Kündigung ist von diesem Gesichtspunkte aus ein anderes Geschäft, als das römische mutuum, mit dem bekanntlich immer

auch dieser Charakter des Verhältnisses keine bewußte Anerkennung gefunden, so mußte er doch bei der Satzung schon vermöge der Beschaffenheit dieses Institutes sich geltend machen, so wie denn auch derartige in Grundstücken radicirte Capitalien, die Capitalien im eigentlichen Sinne, in der Ansicht des gemeinen Lebens sehr bestimmt von eigentlichen Forderungen unterschieden und selbst in Gesetzen zuweilen zu den Immobilien gezählt werden[145]). — Er darf daher auch für die Erklärung der vom römischen Rechte abweichenden Erscheinungen, welche sich in Ansehung der regelmäßig in solchen auf Kündigung stehenden Capitalien bestehenden hypothekarischen Posten zeigen, nicht außer Acht gelassen werden. Er scheint um so mehr Beachtung zu verdienen, als durch ihn gerade das hypothekarische Capital dem Rentenrechte so nahe steht, daß es sich dem Effecte nach von ihm nur dadurch wesentlich unterscheidet, daß auch dem Berechtigten die Kündigungsbefugniß zusteht, sobald man, die Ansicht festhaltend, daß der Gläubiger diese Rechte hauptsächlich in dem dinglichen Momente begründet sieht, das nach römischem Hypothekenrechte dem dritten Besitzer zustehende sogen. beneficium excussionis personale als wegfällig betrachtet, oder nicht in Anschlag bringt. Dieses beneficium widerstreitet zwar dem Wesen der Publicität der Hypothek überall nicht[146]). Allein bei den auf Kündigung gegen hypothekarische Sicherheit hingegebenen Capitalien konnte jene Aehnlichkeit mit dem Rentenrechte und ihr historischer Anschluß an dieses[147]) leicht dahin führen, dieses beneficium

---

ein vorausbestimmter Zahlungstermin verbunden war. Letzteres ist ein einseitiger Realcontract, ersteres ein zweiseitiger Consensualcontract, bei dem die dargeliehene Summe sich in einen Kaufpreis verwandelt, der freilich gezahlt sein muß, wenn, vom Falle des Creditirens abgesehen, das damit erkaufte Wiederauflösungsrecht dem Darleiher erworben sein soll. Demnach widerstreitet es auch der Natur des Geschäftes nach römischem Rechte nicht, dabei ohne abgesonderten Hauptvertrag Zinsen zu bedingen und Verzugszinsen zu fordern. Auch umgeht man bei dieser Auffassung des Geschäftes alle Schwierigkeiten in Ansehung des Anfangspunktes der Verjährung, und wird nicht genöthigt, mit Thon, Zeitschr. für Civilr. und Proz. VIII. S. 1—57 u. S. 448, zu der dem Wesen des Geschäftes widerstreitenden Annahme zu greifen, daß wenn die Zahlung schlechthin nach Kündigung bedungen, die Klage des Darleihers auch sofort mit der Hinzahlung zu verjähren beginne.

145) Kurcölln. Rechtsordn. S. 95 bei Maurenbrecher, rheinpreuß. Landr. I. S. 421. — Anders: Jülich-berg. R.-O. VIII. §. 3 ebendas. S. 421.

146) A. M. Mittermaier a. a. O. §. 266, Note 16, weil ja der dritte Erwerber die Hypothek aus dem Buche ersehen könne. Allein die Zuständigkeit des beneficium hängt ja doch nicht von der Unbekanntschaft mit dem Pfandrechte ab.

147) Mit ihm vermischten sie sich oder traten an dessen Stelle seit dem Ende des 16. und des 17. Jahrh. — Vgl. Eichhorn, Einl. §. 108 verb. Gegen das Ende des 16. Jahrh. führte die Gewohnh. auch das einfache Zinsversprechen beim Darlehn, oder die Befugniß des Gläubigers zur Kündigung beim Rentenkaufe... ein. — Vgl. oben Note 41. — Geld, welches unter Verpfändung der Güter „uf einen vornemelichen tag" gelobt ist (Culm. R. III. 121), wird dahingegen dem gekauften Rentenrechte gegenüber gestellt (Schöffenurth. bei Böhme, diplom. Beitr. 6, 114).

für unzulässig zu halten, wie Beispiele zeigen[148]). Und wo dieser Um-
stand nicht gewirkt, da zeigt sich dessen Widerstreit mit der teutschen An-
sicht darin, daß sich zuweilen der constante Gebrauch findet, daß der neu-
Erwerber eines mit ingrossirten Hypotheken belasteten Grundstückes sich
durch eine Agnitionsurkunde an die Stelle des Verpfänders setzt, wodurch
denn dieses beneficium ausgeschlossen und, falls der Gegenstand der Hy-
pothek nicht ausreicht, selbst eine persönliche Klage gegen den neuen Er-
werber wegen des Restes begründet wird; so wie man auch zuweilen
behauptet, daß durch die Annahme des Agnitionsscheines der Gläubiger
den ursprünglichen veräußernden Schuldner von aller Verpflichtung libe-
rire[149]). Auf diese Weise bringt man hier die ingrossirte Hypothek
in gleiche Lage mit der aus dem Rentenverhältnisse hervorgegangenen
Satzung[150]), und es zeigt sich hier, wie das Widerstreben der teutschen
Ansicht gegen die römische noch immer zu practischen Resultaten führt.
Allein gemeinrechtlich kann dadurch das römische beneficium dennoch
nicht als ausgeschlossen und der Successor des Verpfänders als persönlich
haftend angesehen werden. — Von dem sogen. beneficium excussionis
reale kann einer speciell ingrossirten Hypothek gegenüber zwar keine Rede
sein, auch dann nicht, wenn sie eine sogen. Gesammthypothek, nämlich
wenn sie auf mehrere Gegenstände, auf jeden besonders, ingrossirt ist[151]),
und nur im Concurse kann die freie Wahl des Befriedigung suchenden
Gläubigers zwischen den mehreren Gegenständen ausgeschlossen sein[152]).

---

148) Wo das Rentenrecht sichtbar die Grundlage der neueren öffentlichen Hypothek geblieben (vgl. oben Note 47), da mußte es schon von selbst hinwegfallen. Allein auch sonst ist es particularrechtlich aufgehoben. Bayer. H.-O. §. 57. Preuß. §. 492. Württemb. Art. 116. Weimar. §. 113.

149) So in der holsteinischen Praxis.

150) S. oben nach Note 36 flg.

151) S. Mittermaier a. a. O. §. 265, Note 5—10.

152) Daß er, wo er mit Nachhypotheken collidire, insofern in dieser Wahl beschränkt sei, als er seine volle Befriedigung erhalten könne, ohne den Gegenstand dieser Nachhypotheken anzugreifen, meint Guyet, Arch. für civ. Prax. XVIII. S. 368 flg., weil man im Collisionsfalle seine Rechte so ausüben müsse, daß einem Anderen kein Schade dadurch zugefügt werde. Allein die dafür angerufenen Gesetze sagen zwar, daß es nicht zu gestatten sei, Rechte blos animo nocendi oder iniuriandi auszuüben, und enthalten über die Begrenzung von Rechten (nicht über die Beschränkung der Ausübung von collidirenden Rechten) Vorschriften für Fälle, wo es daran fehlte (insofern sie nicht reine Singularitäten enthalten, wie L. 3. pr. D. de oper. publ. [50. 10.]); aber die Regel bleibt immer: qui suo iure utitur neminem laedit, und insofern man blos dieses thut, leidet sie auch keine Ausnahme. Für den vorliegenden Fall einer Collision genügend begrenzter Rechte entscheidet gemeinrechtlich blos die Priorität. Ueberdieß aber wird Guyet's Regel hier entweder gar nicht verwirklicht, oder sie geht so weit, den vorgehenden Gläubiger auf Bescheidenheit anzuweisen. Denn kann der nachstehende Pfandgläubiger sein Recht noch nicht geltend machen, so trifft der von ihm abgewendete Nachtheil in einer anderen Form den Schuldner oder den dritten Besitzer des vorzugsweise angegriffenen Pfandstückes, welches, von Nachhypotheken frei, bei der vorzugsweisen Wahl des mit solchen beschwerten Pfandstückes, noch ferner zu ihrer Verfügung gestanden hätte, ohne daß ein Grund vorhanden ist, warum sie vor dem Inha-

— Allein wenn man unter Hintenansetzung des Princips der Specialität die generellen Ingrossationen gleich den speciellen wirken läßt, so kann man auch die Anwendbarkeit dieses beneficium nicht bestreiten. — Zur Ingrossation ist, außer der wirklichen Vollziehung[153]) durch den beikommenden Beamten, der Consens einer Person, welche zu disponiren befähigt und über den Gegenstand, an welchem die Hypothek begründet oder bevorzugt werden soll, zu disponiren befugt ist, erforderlich, der aber auch, wenn das Gesetz nicht das Gegentheil vorschreibt, durch einen gehörig (speciell oder allgemein für alle Geschäfte) Bevollmächtigten declarirt und eben sowohl mündlich als schriftlich ertheilt werden kann[154]). Der deßfallsige Antrag an die Behörde braucht freilich nicht auf deren Einwilligung gerichtet zu sein[155]), wohl aber auf die Ingrossation oder Errichtung einer öffentlichen Hypothek[156]), und der Antrag auf Errichtung einer Hypothek schlechthin kann nur genügen, wenn nach den Umständen damit nur eine öffentliche gemeint sein kann[157]), z. B. wenn es nur eine öffentliche gibt oder die angegangene Behörde nur für die Errichtung öffentlicher Hypotheken thätig ist. Eine Acceptation des Erwerbers der Ingrossation kann man, wo eine bereits begründete Hypothek ingrossirt wird, nicht für nothwendig erachten, weil der Vorzug lediglich von der Thatsache des von dem Verpfänder gehörig bewilligten und auf gesetzliche Art bewirkten Eingeschriebenseins abhängt, auch nur anderen Berechtigten und nicht etwa dem Verpfänder gegenüber, ein Recht dadurch erworben werden soll, weßhalb denn auch eine dem letzteren gegenüber geschehene Acceptation gänzlich bedeutungslos sein würde[158]).

der der Nachhypotheken zum Tragen desselben auserlesen werden sollen. — Kann dieser aber ebenfalls sein Recht gleichzeitig geltend machen, und unterläßt er es zu concurriren und wenn er nicht befriedigt wird, den Concurs herbeizuführen, so ist überdieß nicht abzusehen, mit welchem Rechte er den vorgehenden Gläubiger von der gemeinschaftlichen Schüssel hinweg an die besondere verweisen will. Anders ist es natürlich, wenn Particulargesetze (bayer. Prior.-Ordn. §. 19, württemb. Pfandges. Art. 98, weim. §. 62) dergleichen vorschreiben und dadurch das Wahlrecht des Gläubigers beschränken. Ueber den Concurs s. unten.

153) Mittermaier a. a. O. §. 261, Note 19, §. 266, Note 23. Namentlich begründet eine bloße richterliche Confirmation keine öffentliche Hypothek: ebendas. Note 26.

154) Eichhorn a. a. O. §. 189, Nr. I und das. Cit. Mittermaier a. a. O. §. 261, Note 27. Hannöv. Verordn. v. 13. Juni 1828. Preuß. Hypothekenordn. Tit. 2, §. 146 flg.

155) A. M. Haubold, sächs. Privatr. §. 202. S. indeß den Grund dafür oben Note 67, und übrigens Maurenbrecher a. a. O. §. 307, Note 8.

156) v. Bülow und Hagemann, Erört. IV. Nr. 59. Denn daß jede gerichtlich bestellte Hypothek, wie Eichhorn a. a. O. §. 189, Note 6, dagegen einwendet, nothwendig eine öffentliche sei, ist unrichtig.

157) Mit Unrecht behauptet man dieß oft unbedingt. So Maurenbrecher a. a. O. §. 307, Note 2 u. 8 und das. Cit.

158) In diesem Falle ist es demnach unrichtig, mit Maurenbrecher a. a. O. §. 307, S. 663, Zif. 2, zu sagen: daß die Ingrossation ein zweiseitiges Geschäft sei. — Dem ohne Acceptation Ingrossirten bleibt es dann überlassen, ob er von dem zu seinem Vortheile geschaffenen Zustande Gebrauch machen will, oder nicht.

Dahingegen erscheint sie als nothwendig, wenn die Ingrossation erst die Hypothek begründet; allein auch hier wird sie zuweilen für unnöthig erklärt, sobald nur ein Titel zur Bestellung vorhanden ist[159]. — Bisweilen gestatten indeß die Gesetze auch eine Ingrossation ohne jenen Consens vorzunehmen, wenn die Bestellung einer ingrossirten Hypothek geboten ist, z. B. für die Ansprüche aus der geführten Vormundschaft[160]. Die richterliche Verurtheilung zur Bewirkung einer Ingrossation kann aber consequent die Vornahme derselben ohne Consens des Verurtheilten nicht rechtfertigen, sondern nur befugen, die Execution mit Maßregeln zu verbinden, welche ihn verhindern, durch fernere Ingrossationen die Rechte des Siegers zu eludiren[161]. Denn durch die Ingrossation soll ihm das Recht, über die dadurch zu begründenden Rechte oder Vorzüge anderweitig zu disponiren, entzogen werden, was ohne seinen Willen rechtlich unmöglich ist[162]. Indeß wird die Praxis in der Regel in via executionis die Ingrossation bewirken[163]. Ein Anspruch auf die Ingrossation kann da, wo sie blos dazu dient, dem bereits begründeten Rechte einen Vorzug zu geben oder Sicherheit zu beschaffen, nur durch einen ausdrücklich darauf gerichteten Vertrag, nicht aber schon durch Bestellung eines der Ingrossation fähigen Rechtes hervorgerufen werden, wenn nicht eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift dafür ist[164], und zwar selbst dann nicht, wenn abnehmende Sicherheit des Schuldners der Realisirung des Rechtes Gefahr droht[165]. Wo indeß zur Begründung jeder Hypothek die Ingrossation erforderlich ist, da muß auch jedes pactum hypothecae jenen Anspruch, oder einen Titel zur Ingrossation erzeugen; was

---

159) Preuß. Hypothekenordn. Tit. 2, §. 143—145.

160) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 264, Nr. II. Bayer. H.-G. §. 20.

161) Vgl. unten Note 235 flg.

162) Vgl. m. Identität und Connexität der Rechtsverh. §. 4, Note 49, 50. — Indeß gehen Particularrechte so weit, daß sie nicht allein in Fällen, wo ein Grund zu einer vormundschaftlichen Fürsorge überall nicht vorliegt, zuweilen Ingrossation von Amtswegen, sondern auch auf einseitigen Antrag des einen Titel nachweisenden Gläubigers gestatten, und nur etwa Benachrichtigung oder Vorladung an den Schuldner, nicht aber dessen Einwilligung fordern. Bayer. H.-G. §. 15, 16, 21. Württemb. Art. 29, 34, 39, 44, 173, 199, 200. Um so mehr muß hier Ingrossation im Wege der Execution zulässig sein. Vgl. Note 163.

163) Denn sie pflegt in Ansehung der Execution nicht zu unterscheiden, ob das Urtheil das Dasein eines Rechtes, oder den Anspruch auf Ertheilung desselben, ausgesprochen hat. Gesetze gestatten auch solche Ingrossationen, so weim. Pfandges. §. 63, 221, 242, 272, 324. — Damit ist indeß die gerichtliche Hypothek des französischen Rechtes nicht zu verwechseln, welche derjenige, der eine Verurtheilung erlangt hat, auch wenn ihm durch dieselbe überall kein Anspruch auf ein Pfandrecht zugesprochen worden, durch Ingrossation gesichert erhalten kann, wenn der Verurtheilte nicht zur gehörigen Zeit zahlt. Code civ. art. 2123. Arch. für civ. Praxis XIX. S. 163.

164) Z. B. schlesw. Verordn. v. 12. Juni 1739 §. 12, und Circ.-Rescr. v. 3. Dec. 1775.

165) Denn dieß könnte nur arrestatorische Maßregeln begründen. S. unten Note 235 flg.

sich auch in den Bestimmungen der Gesetze dieser Art überall ausspricht. — Umgekehrt bedarf es auch zur Tilgung der Ingrossation, außer der wirklichen Vollziehung derselben durch den beikommenden Beamten, des Consenses derjenigen Person, welche über das ingrossirte und zu tilgende Recht zu disponiren befugt und fähig ist. Dazu befugt ist bei Hypotheken der Gläubiger, und da die Tilgung eine Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist, so kann man dieselbe auch dann ohne seinen Consens gemeinrechtlich nicht für zulässig erachten, wenn der Schuldner die gänzliche Abzahlung erweist[166]. — Dieser Consens kann auf dieselbe Weise ertheilt werden, wie der Consens zur Ingrossation, und insofern durch diese Tilgung nicht etwa das ingrossirte Recht selbst aufgehoben und es zu dessen Aufhebung einer Acceptation der Aufgebung bedarf[167]), sondern nur die Ingrossation beseitigt werden soll (womit beim strengen Systeme freilich auch die Hypothek selbst hinwegfällt, weil sie hier durch rechtmäßigen Untergang des Zustandes der Ingrossation ebenfalls erlöschen muß), erfordert sie auch keine Acceptation von Seiten desjenigen, der das getilgte Recht belastet, weil ihm dadurch nicht erst eine Befreiung ertheilt, sondern blos ein Zustand aufgehoben wird, der seinem Interesse entgegen ist. Allein man muß dessenungeachtet seine Zustimmung zu der Tilgung für erforderlich halten, weil es sich nicht rechtfertigen läßt, wenn eine Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit ohne die Zustimmung eines Betheiligten selbst ihm günstige Veränderungen in seinen Verhältnissen vornimmt, und weil es dem Belasteten unter Umständen nicht gleich ist, in welcher Art die Tilgung geschieht[168]). Unter Umständen kann aber auch von einem Tilgungsconsens des Ingrossirten überall die Rede nicht sein, nämlich wenn das ingrossirte Recht ein unvererbliches und er mit Tode abgegangen ist, wo der Beweis seines Todes zur Vornahme der Tilgung genügen muß, so wenn ein Leibzüchter, der für sein Recht eine Ingrossation erlangt hat, stirbt[169]). Auch wenn der Inhaber einer Ingrossation zur Gestattung der Tilgung verurtheilt ist, erscheint es unbedenklich, die Tilgung ohne seinen Consens im Weigerungsfalle auf Verfügung des verurtheilenden Gerichtes vorzunehmen. Denn derselbe ist nur deßhalb erforderlich, um die Hypothekenbehörde zur Tilgung zu auctorisiren, sobald nämlich die Gewißheit hergestellt ist, daß aus der Ingrossation keine Rechte mehr bestehen, und jene Auctorisation kann durch rechtskräftiges Urtheil und eine darauf gegründete Executionsverfügung ertheilt werden, weil die Tilgung an sich nur einen factischen Zustand aufhebt, und dieß allerdings im Wege der Execution wider Willen des Verurtheilten bewerkstelligt werden kann[170]). — Daher wird denn auch, wenn das ingrossirte Recht im Concurse untergegangen ist, ein solcher

166) A. M. Mittermaier a. a. O. §. 269, Note 7, mit dem auch übereinstimmt: württemb. Pfandges. Art. 215. Weim. 324. Anders, wenn ein richterliches Urtheil in Folge eines solchen Beweises auf Tilgung erkannt hätte. S. unten Note 170.

167) So wenn die Forderung selbst dadurch aufgehoben werden sollte.

168) S. oben Note 134, 138, 139, und unten Note 269.

169) Schlesw.-holst. Verordn. v. 20. Jan. 1797. S. auch unten Note 171.

170) Vgl. das Citat Note 118, und über Tilgung in Folge Urtheiles:

Consens nicht gefordert[171]). Ohne ein wirkliches Bestehen des ingrossirten Rechtes kann zwar eine Ingrossation nicht die ihrem Wesen entsprechenden Wirkungen haben; allein sie ist deßhalb noch keineswegs nichtig, sondern nur rescissibel, und die Rescission ist dann, nach gehöriger Feststellung des Mangels eines Rechtes, durch Tilgung zu bewirken[172]). Ebenso kann der Verzicht auf die Hypothek, es sei ein ausdrücklicher oder ein stillschweigender, in welcher Beziehung die Aussprüche des römischen Rechtes allerdings auch bei ingrossirten Hypotheken als anwendbar betrachtet werden müssen[173]), die Ingrossation selbst noch nicht vernichten, sondern ihr nur ihre Wirkungen entziehen und einen Anspruch auf Tilgung begründen[174]). Diese Rescissibilität muß gemeinrechtlich auch gegen den Singularsuccessor, also den Cessionar, desjenigen wirken, der ohne Recht eine Ingrossation erlangt oder, vermöge Unterbleibung der Tilgung[175]), behalten hat[176]). Denn der Grundsatz, daß der Inhalt des öffentlichen Buches für jeden, der im Vertrauen auf dasselbe handelte, als richtig gelten müsse, zuweilen in der Praxis auch die Heiligkeit des Protocolles genannt, darf nicht weiter ausgedehnt werden, als die Verwirklichung des Grundsatzes der Publicität und der Specialität es fordert. Dieser verspricht aber denjenigen, welche ingrossirte Hypotheken erwerben, nur Sicherheit gegen *vorgehende*, nicht aber Garantie der Begründetheit der Rechte, welche sie erwerben wollen. — Auch darf jene Heiligkeit des Protocolles innerhalb der Sphäre der Publicität und Specialität nicht so weit getrieben werden, daß *durch Ingrossation bereits erworbene* Rechte verletzt werden, und der nachstehende Gläubiger muß demnach dem vorgehenden allerdings auch dann den Vorzug einräumen, wenn dessen Ingrossat widerrechtlich getilgt worden[177]). — Der Umfang der Befugnisse, welche die ingrossirte Hypothek in Beziehung auf den

---

Mittermaier a. a. O. §. 269, Note 9. Code civ. art. 2157. 2158. Württemb. Pfandges. Art. 213, 214. Weim. §. 242, 272, 324.

171) Z. B. schlesw. und holst. Verordn. v. 23. Dec. 1796 §. 19, v. 5. Dec. 1800 §. 19, v. 24. März 1797 §. 20.

172) Es ist nur ein Titel zur Tilgung begründet: Mittermaier a. a. O. §. 269, Note 1. Vgl. Code civ. art. 2160. und oben nach Note 120.

173) Vgl. Thibaut, Syst. des Pandektenr. §. 818. Particularrechte enthalten indeß Modificationen: Weimar. Pfandges. §. 162. Württemb. Art. 104, 128.

174) Diese Rescission muß denn auch von dem *Zeitpunkte* an, wo kein Recht mehr vorhanden war, in Ansehung aller Betheiligten wirken. S. indeß: Gönner, Commentar zur bayer. H.-O. S. 576. Falck, staatsb. Mag. I. S. 754, Note. Mittermaier a. a. O. §. 269, Note 1.

175) Wenn, in der Sprache des Code civ. art. 2159. 2160. 2180., die extinction ohne die radiation eingetreten ist.

176) A. M. Mittermaier a. a. O. §. 269, Note 3 u. 4 und das. cit. Schriftst. über preuß. und österr. R.

177) Vgl. württemb. Pfandges. Art. 66—70. Weim. §. 131, Z. 2, §. 198. Es ist doch gewiß nicht Zweck des Institutes, blos die Sicherheit der Hypothek für den Augenblick ihrer Entstehung zu gewähren, und wenn der Gläubiger sein Geld hingegeben hat, sie ihm rauben zu lassen. — Abweichend ist indeß Mittermaier a. a. O. §. 269, Note 5 u. 11. Preuß. Landr. I. Tit. 20, §. 526, 527.

Gegenstand derselben gewährt[178]), so wie gegen den Besitzer desselben als solchen, ist dem der Privathypothek gemeinrechtlich gleich. Die gemeinrechtliche Lehre von den Privathypotheken ist aber, abgesehen davon, daß particularrechtlich zuweilen vermöge des Grundsatzes: Hand muß Hand wahren, die Privathypothek an Mobilien dem Faustpfande nachsteht, die des römischen Rechtes, und daher dem für dieses bestimmten Art. Pfandrecht zu überlassen. Dasselbe gilt von der Lehre von den legalen, conventionellen und privilegirten, speciellen und generellen, auch gemischten Hypotheken, von den verschiedenen Entstehungs- und Erlöschungsarten der Hypotheken, von der Antichrese, dem Verbote der lex commissoria und von der Beschaffenheit der Forderungen, für welche Hypotheken giltig bestellt werden können. — Ebenfalls gilt in Ansehung der Verjährung auch bei ingrossirten Hypotheken das römische Recht als das gemeine. Denn die Grundsätze der Satzung sind nicht mehr anwendbar, nachdem an die Stelle des Wiederlösungsrechtes eine Wiederlösungspflicht des Schuldners getreten ist[179]), oder eine Forderung des Gläubigers neben der Hypothek stehen bleibt, und das Recht Wiederlösung zu fordern ist eben so wenig der Verjährung entzogen, als jede andere Forderung, wenn auch dadurch, daß seine Existenz von einer Kündigung des Berechtigten abhängt, der Anfang der Verjährung weiter hinausgesetzt werden kann, so daß er erst beginnt, nachdem die Kündigung geschehen und die von da an zur Wiederlösung gegebene Frist verstrichen ist[180]). Auch steht der Grundsatz der Publicität eben so wenig, als die sogen. Heiligkeit des öffentlichen Buches einer Verjährung der inscribirten Rechte entgegen, indem ja ungeachtet des Bestehens des Ingrossates ein Titel zur Tilgung desselben so gut durch Verjährung, wie auf andere Weise, begründet sein kann[181]). Da indeß der Inhaber des Folium, auf dem die Ingrossation sich befindet, dieselbe kennen muß, so kann er, wo Folienbücher bestehen, sich nie im guten Glauben befinden, also auch nie durch usucapio libertatis Befreiung von der auf seinem Gute haftenden Hypothek erlangen[182]). Und diese muß man, nachdem die Hypothek aufgehört

178) Particularrechte enthalten darüber dem röm. R. entsprechende Bestimmungen. So das preuß., bayer., württemb. und französ. Recht. Mittermaier a. a. O. §. 266, Note 10—13. Weimar. Pfandges. §. 85 flg.

179) Vgl. oben Note 25, 36 und 37, so wie bei Note 144.

180) Vgl. auch oben Note 144.

181) Weßhalb also der Verjährung die Kraft des öffentlichen Buches entgegenstehe (Mittermaier a. a. O. §. 269, Note 15, 16), oder dessen öffentlicher Glaube (Maurenbrecher a. a. O. §. 309, Note 2), insofern damit etwas Anderes gesagt sein soll, als daß guter Glaube des Erjährenden damit nicht vereinbar sei. Anders ist es, wenn die Verhältnisse, die durch die Verjährung begründet werden sollen, überhaupt nicht anders, als durch Ingrossation begründet werden können, und hier haben denn particuläre Gesetze zuweilen schlechthin die Verjährung ausgeschlossen (preuß. Landr. Th. 1, Tit. 9, §. 511, Tit. 20, §. 534; württemb. Pfandges. Art. 73; bayer. Hypothekenges. §. 32), auch jeder Eintragung, selbst der Protestation und der Vormerkung (s. unten Note 285 flg.) die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung beigelegt (bayer. Hypothekenges. §. 31; weim. §. 159).

182) Bayer. Hypothekenges. §. 25. Auch kann Niemand die Unwissenheit dessen, was im Hypothekenbuche eingetragen ist, zu seinem Vortheile anführen.

hat blos durch eine dingliche Klage zur Realisirung eines Forderungsrechtes zu bestehen, und in ein wahres dingliches Recht übergegangen ist[183]), zum Untergange der öffentlichen Hypothek durch Verjährung für erforderlich[184]) erachten. Denn nun liegt in dem fortdauernden Zustande der Ingrossation eine quasi possessio dieses Rechtes, mit welcher ein Untergang desselben oder der Klage wegen desselben durch bloßen Nichtgebrauch im Widerspruche stehen würde. — Die Verjährung der Forderung hat aber keineswegs auch die der Hypothek zur Folge, und diese kann ungeachtet des Eintrittes jener noch immer geltend gemacht werden[185]). Auf diesem Wege findet der Satz seine Begründung: daß, so lange eine im Hypotheken- (Folien-) Buche eingetragene Forderung nicht gelöscht ist, auch die Verjährung derselben in Bezug auf das dingliche Recht nicht anfangen kann[186]). Daß Ingrossate durch Ablauf einer gewissen Zeit schlechthin, auch wenn das ingrossirte Recht noch fortbesteht, ihre Kraft verlieren, wenn sie nicht erneuert werden, tritt nur nach Particularrechten ein[187]). Rechte übrigens, die nur durch Ingrossation begründet werden können, erlöschen nie durch Verjährung, wenn dasjenige Recht, durch dessen Erwerb sie vernichtet werden sollen, ebenfalls nur durch Ingrossation zur Existenz kommen kann, und wo daher alles Recht vom Tabularbesitze abhängt, bleibt für die Verjährung überall kein Raum, es sei denn, daß man durch Verjährung einen Titel zur Ingrossation, oder zur Tilgung einer solchen, entstehen ließe[188]), und abgesehen von dem Falle, wo sie etwaige Mängel in Ansehung der Erwerbung des

---

183) Vgl. oben bei Note 8.

184) Möglich war der Untergang des Pfandrechtes schon durch die neuere römische Usucapion des Pfandgutes von Seiten eines Dritten. Vgl. Mackeldey, Lehrb. §. 326, Note 12, und das. Cit.

185) L. 2. C. de luit. pignor. (8. 31.) Dieß zeigt sich auch schon darin, daß das römische Recht eine längere Verjährungsfrist für die hypothekarische Klage, als für die Forderungsklage bestimmt. Ueberhaupt scheinen die römischen Juristen die Ansicht gehabt zu haben, daß ein blos in der Unmöglichkeit der Geltendmachung gegründeter Untergang der Forderung das für dieselbe bestellte Pfandrecht nicht vernichtet habe. Vgl. L. 59. pr. D. ad Sctum Treb. (36. 1.) L. 14. §. 1. D. de pignor. (20. 1.) — Anders weim. Pfandges. §. 159, 188.

186) Mittermaier a. a. O. §. 269, Note 17. Daß nur die Ingrossation, nicht die Forderung unverjährbar sei (Maurenbrecher a. a. O. §. 309, Note 3), scheint das Verhältniß nicht genügend zu bezeichnen.

187) Code civ. art. 2154. (in Baden durch Gesetz v. 19. Aug. 1819 aufgehoben): zehn Jahre; weimar. Pfandges. §. 186: funfzig Jahre. Eine Beschränkung der Zulässigkeit der Verpfändung auf gewisse Zeit findet sich übrigens auch in älteren teutschen Particularrechten, so im Hadeler Landr. v. 1583 Th. 2, Tit. 6 (Pufendorf, obss. I. app. p. 16.).

188) So läßt das österr. Gesetzb. §. 480, vgl. §. 1470, 1498, 1500, durch Verjährung einen Titel zur Erwerbung einer Servitut durch Ingrossation entstehen: Winiwarter a. a. O. §. 162, S. 297. — Dieß setzt indeß die Anomalie voraus, daß man den Titel der Sache nach dem Rechte gleich stellt. — Anders, wenn man durch Verjährung das Recht selbst entstehen, oder (vgl. weim. Pfandges. §. 195 mit §. 186, 188) untergehen läßt, und dann einen Anspruch auf Tilgung gibt.

Tabularbesitzes heilt. — Und wenn auch der Eigenthümer und der Hypothekeninhaber, jeder für sein Recht, gleichzeitig Tabularbesitzer sind, so ist dieß doch im Grunde eine Theilung des Tabularbesitzes nach dem Werthe[189]), so daß ersterer nur Befreiung erlangen kann, wenn ihm der Tabularbesitz des letzteren wiederum zu Theil geworden ist, worin ein positiver Erwerb liegt, wenn er auch in der negativen Form der Tilgung bewerkstelligt wird.

II. Das vorzüglichste, die Sicherung der Hypotheken bezweckende Institut ist das neuere Ingrossationswesen. Es besteht in der Einrichtung, daß Hypotheken durch Eintragung in dazu bestimmte, von öffentlichen Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit geführte und mit öffentlichem Glauben bekleidete Bücher diejenigen Vorzüge erlangen, welche aus dem Principe der Publicität und Specialität folgen. Die für die Eintragung competente Behörde ist die des Ortes, wo der Gegenstand der Hypothek liegt, wo die Bücher nach Personalfolien eingerichtet sind[190]), aber die des Domiciles des Schuldners[191]).— Die dadurch bewirkte Vermehrung der Sicherheit der Hypotheken wird durch Inscriptionen aller dinglichen Rechte an Grundstücken und bei Gebäuden durch die Vorschrift der Versicherung derselben gegen Feuersgefahr unterstützt[192]). Wenn man sagt, daß dieses Institut den Credit zu heben bezwecke[193]), so darf man unter Credit hier freilich nicht das persönliche Zutrauen verstehen, sondern vielmehr die Möglichkeit, auch ohne ein solches, ohne Credit im eigentlichen Sinne, baares Geld gegen Unterpfand zu erhalten, die man auch zuweilen durch Creditvereine, deren Glieder für einen gewissen Betrag von hypothekarischen Schulden mit ihren Gütern solidarisch für einander haften, oder durch Hypothekencassen oder Banken, welche Geld gegen Unterpfand darleihen, auf eine mehr unmittelbare Weise herbeizuführen gesucht hat[194]). Das Institut der Ingrossation setzt den Gläubiger in den Stand, die reale Sicherheit, welche ihm die Hypothek gewährt, zu beurtheilen und durch Inscription sie gegen andere Gläubiger für sich zu conserviren. Das Zutrauen zu dem verhafteten Vermögen, der sogen. Realcredit, ist es also, der dadurch befördert wird. — Das sogen. mildere Ingrossationssystem, welches seinem Wesen nach vorzugsweise das neuere genannt zu werden verdient, hat in der That die Dispositionsbefugnisse der Eigenthümer, oder sonstiger zur Hypothekenbestellung berechtigter Personen, vermehrt, indem es sie in die Lage gesetzt hat, diejenigen ihrer Gläubiger,

189) Vgl. oben bei Note 47.

190) Vgl. unten Note 203.

191) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 261, Note 25.

192) So können die hypoth. Gläubiger verlangen, daß der Schuldner mit den ihnen verhypothecirten Gebäuden der Brandversicherungsanstalt beitrete, nach bayer. Hypothekengес. §. 41. Gesetze erstrecken das Pfandrecht auf die Entschädigungsgelder: Weim. Pfandges. §. 170—173.

193) Mittermaier a. a. O. §. 262, Note 1, und das. Cit. Maurenbrecher a. a. O. §. 310.

194) Darüber: Mittermaier a. a. O. §. 270 und das. Cit., und denf. im Arch. für civ. Prax. XVIII. S. 170.

welche des Sicherungsmittels der Ingrossirung sich nicht bedient haben, durch die Ertheilung der Ingrossirung an anderen zu benachtheiligen, und so unter Umständen, wo es ihnen sonst vorsichtigen Darleihern oder Gläubigern gegenüber unmöglich gewesen wäre, baares Geld zu ihrer Disposition oder Aufschub ihrer Zahlungspflicht zu erlangen. Belästigungen für den Schuldner führt das Institut also nicht mit sich[195]). Ob das neuere Ingrossationswesen aus der alten teutschen Investitur und der damit zuweilen verbundenen Inscription hervorgegangen[196]), oder etwa eine Nachbildung der römischen hypotheca publica sei[197])? ist eine Frage, deren erster oder zweiter Theil bejaht werden kann, je nachdem man auf das Mittel oder auf die Wirkung sieht. Indeß darf dieß doch immer nur so verstanden werden, daß jene Institute die Veranlassung zur Bildung des neuen Institutes gegeben haben. Denn dessen durchherrschender Zweck geht dahin, den Vorrang unter concurrirenden Hypotheken an demselben Gegenstande zu sichern, durch die Ingrossation eine Präferenz zu begründen, ein Zweck, der den alten teutschen Pfandrechtsvorschriften durchaus fremd ist. Richtiger betrachtet man demnach das neue Institut seinem Zwecke und Wesen nach als eine neue Schöpfung[198]). Nur da kann man dieß nicht schlechthin behaupten, wo die neueren Gesetze die Ingrossation als wesentliches Erforderniß der Hypothek überhaupt aufgestellt, eine solche Begründungsart in ihren Begriff und so das Wesen der alten Ingrossation in sich aufgenommen haben[199]). Auch findet es sich, daß das alte Ingrossationswesen particularrechtlich stehen blieb, und dadurch sich in das milde verwandelte, daß man auch auf römische Weise constituirte Hypotheken anerkannte, aber sie den ingrossirten nachstehen ließ[200]),

195) Maurenbrecher a. a. O. §. 310, Note 2.

196) Mittermaier a. a. O. §. 261, Note 4, und Arch. für civ. Prax. XVIII. S. 151.

197) Diese Ansicht ist in den im staatsb. Magaz. abgedruckten Schriften über das Hypothekenwesen in Schleswig und Holstein, welches sich dem römischen Rechte am nächsten anschließt, von Burchardi aufgestellt worden.

198) Roßhirt, Zeitschr. für Civil- und Criminalr. I. S. 40.

199) Preuß. Landr. I. Tit. 20, §. 8, 411. Oesterr. Gesetzb. §. 451. Württemb. Pfandges. v. 15. April 1825 Art. 47. Bayer. Hypothekenges. v. 1. Juni 1822 §. 1. Weimar. Pfandges. §. 14. — Die Ingrossation ist nach diesen Gesetzen nur eine Modification der alten Investitur, wie sie das sächs. R. kennt (vgl. oben Note 67), welches anfänglich auch ohne dieselbe errichtete Hypotheken, jedoch blos mit Vorzug vor den Chirographarien, anerkannte (alte kursächs. Prozeßordn. Tit. 46, §. 3), dieselben aber später für gänzlich unwirksam erklärte (erläut. sächs. Prozeßordn. Tit. 46, §. 1). Gesetze dieser Art scheint Mittermaier a. a. O. im Auge zu haben.

200) So z. B. in Hamburg. In den älteren Statuten findet sich das Rentenrecht, welches eben so, wie Eigenthum an Grundstücken inscribirt wird, und die Satzung, bei welcher eine derartige Inscription nicht vorkommt (Anderson a. a. O. I. S. 35; Gries [ed. Westphalen], die Hamb. Stadt-, Erbe- und Rentebücher [Hamb. 1830], S. 23 flg.). — In den neuesten Statuten v. 1603 tritt an die Stelle der Satzung eine römische Hypothek, in die des Rentenrechtes eine vor dem Rathe verlassene ingrossirte sogen. Hypothek mit einem Vorzugsrechte vor Privathypotheken (n. Hamb. Stadtr. II. Tit. 4, 5). Seit dem Ende des 17. Jahrh. fing man nun an statt der Rentenrecht

wiewohl sich Abweichung in den Ansichten darüber zeigt[201]). Die öffentlichen Bücher, durch deren Gebrauch die fragliche Sicherheit erlangt werden soll, oder die Hypothekenbücher im weiteren Sinne, sind von zweierlei Art; nämlich theils solche, welche den Act der Begründung des ingrossirten Rechtes enthalten und welche da, wo sich Bücher der zweiten Art finden, im Verhältnisse zu diesen Nebenbücher sind; theils solche, welche zwar an sich nur das Dasein des ingrossirten Rechtes nachweisen, aber mit der Wirkung, daß kein Recht, welches in ihnen nicht am gehörigen Orte sich nachgewiesen findet, als ingrossirt gilt, und welche man, weil in ihnen resp. jedes Grundstück oder jedes dingliche Recht an einem solchen, welches zur Bestellung von Hypotheken befugt, oder jede Person als Schuldner ein oder mehrere besondere Folien hat, auf denen allein die sie betreffenden Inscriptionen gültig vorgenommen werden können, das Folienbuch, auch zuweilen Hypothekenbuch im eigentlichen Sinne, das Hauptbuch nennt[202]). Die Folien ersterer Art nennt man Real-, die der letzteren Personalfolien[203]). Auf ersteren können nur solche Ingrossationen geschehen, welche das Grundstück betreffen, für welches sie bestimmt sind[204]), auf letztere alle diejenigen, welche auf Güter der Person gehen, für welche das Folium eingerichtet ist[205]), mit Ausnahme der Grundstücke, die in Bezirken liegen, für welche das Buch nicht bestimmt ist. Hat jedes Grundstück ein besonderes Hypothekenbuch, so existiren Realhypothekenbücher, z. B. für Rittergüter. — Jene beiden Arten der Bücher zeigen sich da schon früh, wo sich das alte Ingrossationswesen mit Tabularbesitz findet[206]), und die Inscription in das Buch zweiter Art ist die eigentliche den Tabularbesitz begründende Intabulation. Es ist zuweilen auch gleichzeitig Grund- oder Lagerbuch

---

Capitalposten in das Rentenbuch einzuschreiben (Gries a. a. O. S. 25, Note *).

201) Vgl. z. B. Gries a. a. O. S. 28 mit Maurenbrecher a. a. O. §. 308, Note 2, Zif. 3 (und das. Cit.), der für Hamburg das strenge Ingrossationssystem annimmt.

202) Vgl. n. staatsb. Mag. IV. S. 118—121. Winiwarter, das östrr. bürg. R. Th. II, §. 22.

203) Realfolien resp. Realhypothekenbücher finden sich z. B. in Preußen (preuß. H.-O. Tit. 1, §. 1—9), in Bayern (bayer. Hypothekenges. §. 120), in Mecklenburg (mecklenb. Hypothekenordn. für die rittersch. Güter und für die Städte v. 22. Dec. 1829), und an manchen Orten in Schleswig und Holstein; jedoch bestehen in Süderdithmarschen neben ihnen Personalfolien für Mobilien (Verordn. und Reglem. v. 18. und 22. Dec. 1810), und in Weimar ist die Wahl der Folieneinrichtung von Umständen abhängig (Pfandges. §. 202 und Verordn. v. 12. März 1841 §. 29 flg.) — Erörterungen über die größere Zweckmäßigkeit der einen oder anderen Einrichtung von Jensen und Rötger, im staatsb. Mag. V. S. 667 flg., VI. S. 456 flg., VII. S. 205 flg.

204) S. indeß unten Note 259.

205) Bisweilen indeß auf Immobilien beschränkt, wie in Württemberg und Weimar.

206) So z. B. in Hamburg. Das Buch ersterer Art ist hier das liber memorandorum oder debitorum, wenigstens seit 1369, das der zweiten Art ist das Stadtrentenbuch, anfangs mit dem Grundbuche vereinigt, schon seit 1248, später, wenigstens seit 1401, davon getrennt: Gries a. a. O. S. 22—26.

und führt verschiedene Namen[207]) nur, aus hier leicht ersichtlichem Grunde, nicht den Namen Hypothekenbuch. Bücher der ersteren Art finden sich aber auch schon frühzeitig da, wo erst das neuere Ingrossationswesen die Bücher zweiter Art eingeführt hat. Sie entstanden offenbar gleichzeitig mit den Büchern über gerichtliche Verhandlungen überhaupt, aber anfänglich da, wo der Prozeß und die Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei derselben Behörde stattfanden, ohne Absonderung von den eigentlichen Gerichtsprotocollen, welche die mündlichen Prozeßverhandlungen enthielten[208]). Später veranlaßte ohne Zweifel die durch Vermehrung der Geschäfte nothwendig gewordene Rücksicht auf Zweckmäßigkeit eine Absonderung, und es finden sich nun hierher gehörige Bücher unter mancherlei Benennungen, z. B. Niederes Stadtbuch, des Gerichts Denkbuch, liber memorandorum oder debitorum, Landbuch, und in späterer Zeit, Schuld- und Pfand-, Vergleichs- und Contractenprotocoll[209]). Die Einführung des neuern Ingrossationssystemes führte dann dahin, für diejenigen Geschäfte, welche zur Ingrossation in das Folienbuch bestimmt waren, abgesonderte Nebenbücher, theilweise Fortsetzungen jener, anzulegen, die dann ebenfalls den Namen Schuld- und Pfandprotocolle oder Hypothekenbücher, auch Instrumentenbücher, Vormerkungssatzbücher, Ingrossationsbücher führen[210]). Als Beilagen zu denselben finden sich zuweilen besondere Grundacten, welche die Verhandlungen und Urkunden enthalten, welche den Inscriptionen zum Grunde liegen. — Es gibt indeß aus früherer Zeit[211]), so wie auch noch in der neuesten Zeit im französischen Rechte[212]), Beispiele, daß das Folienbuch ganz fehlt, und die Inscription in die ebengedachten Bücher schon den Hypotheken eine Präferenz vor anderen gewährt[213]). Diese Einrichtung, aus der, verbunden mit dem Mangel ordentlicher Grundbücher, ein Theil der Mängel des französischen Hypothekenwesens fließt[214]), wodurch es dem teutschen, wo dieses eine

---

207) Gewährbuch (Winiwarter, das österr. bürg. R. Th. II, §. 22), Saal-, Erbregister, Lager-, Stadterbe-, Schreinsbuch, Tafel, Rolle, wenn es ausschließlich oder vorzugsweise Grundbuch ist (Maurenbrecher a. a. O. §. 224, Zif. 1; n. staatsb. Mag. a. a. O. S. 117); Rentenbuch (vgl. oben Note 206). — Indeß sind Bücher dieses Namens zuweilen nur Steuerregister, z. B. die Erbbücher, von denen Claproth, von freien Gerichtshandlungen §. 52—60, redet.

208) N. staatsb. Mag. a. a. O. S. 119, Note 9.

209) Maurenbrecher a. a. O. N. staatsb. Mag. a. a. O. S. 119—121.

210) N. staatsb. Mag. a. a. O. Winiwarter a. a. O. Preuß. Hypothekenordn. Tit. I. §. 64 flg.

211) N. staatsb. Mag. a. a. O. S. 127—137, Note 40, 44, 53, 55, 70, 79, 89 und S. 144.

212) Hier enthält aber auch das allein vorhandene Hypothekenbuch der ersteren Art nicht die Urkunden in extenso. Vgl. die bei v. Kamptz a. a. O. XV. S. 189 flg. abgedruckten Auszüge. Maurenbrecher a. a. O. §. 310, Note 11.

213) Zuweilen ist jedoch das Ingrossationsbuch für überflüssig erklärt. So preuß. Ges. v. 31. März 1834 für Westphalen §. 28.

214) Ueber diese Mängel: Foelix, in der krit. Zeitschrift für Gesetzgeb. und Rechtsw. des Ausl. II. S. 48 flg.

genügende Entwickelung erhalten hat, nachsteht[215]), läßt sich für den heutigen Zweck der Ingrossation nur sehr unvollkommen durch Register oder Repertorien geeignet machen, welche bei jedem Grundstücke oder bei jeder Person die Orte nachweisen, an denen sich dieselben betreffende Ingrossationen finden[216]), eine Aushilfe, die insbesondere deßhalb nicht genügen kann, weil die Nachweisung einer Ingrossation in dem Register nicht Bedingung ihrer Giltigkeit ist und auch nicht wohl dazu erhoben werden kann. Auch das neuere Folienbuch kann zugleich Grundbuch sein[217]), oder es kann ein solches daneben bestehen[218]) oder ganz fehlen. Ein eigentliches Grundbuch hat seine für das Hypothekenwesen wichtige Bedeutung dadurch, daß der Tabularbesitz, den es dem Inscribirten gewährt, unerläßliches und zugleich genügendes Erforderniß für die Zuständigkeit eines selbstständigen dinglichen Rechtes an Grundstücken, mit absoluter Wirksamkeit und vollkommener Dispositionsbefugniß Dritten gegenüber, ist, nämlich für die Zuständigkeit eines solchen, welches nicht der Kategorie des Pfandrechtes angehört. Nur dann entspricht es dem alten teutschen Ingrossationswesen, und ein solches Grundbuch, welches nur den in der Art Berechtigten nachweist, wie es z. B. die Steuerregister oder Kataster sind[219]), kann dem Zwecke des Ingrossationswesens nicht genügen, weil es keine Garantie für die wirkliche Berechtigung gewährt[220]). Auch muß es alle Berechtigungen enthalten, welche das Recht eines Tabularbesitzers, welcher öffentliche Hypotheken bestellt, beschränken, selbst die (nicht gesetzlichen) Servituten[221]), wiewohl solche Servituten ähnliche Verhältnisse, welche eigentlich nur die Art und Weise bilden, wie ein Grundstück im Verhältnisse zu einem benachbarten besessen wird, davon eine Ausnahme machen werden, weil hier, wenn sie nicht einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift widerstreiten, dem fehlerfreien Besitze die Anerkennung der Rechtmäßigkeit nicht versagt werden kann[222]). — Fehlt aber ein solches

215) Vergleichung mit dem preuß. Hypothekenwesen bei v. Kamptz a. a. O. S. 117 flg.

216) So nach französ. Rechte, aber nicht (wie Maurenbrecher a. a. O. §. 310, Note 8, anzunehmen scheint) auch in Württemberg, wo es vielmehr ein nach Personen eingerichtetes Folienbuch gibt, welches auf das Unterpfandsprotocoll und das Grundbuch verweist: Württemb. Instruction v. 14. Dec. 1825 §. 26 flg. und Beil.

217) Z. B. nach der großherz. hess. Verordn. v. 29. Oct. 1830 §. 6 enthält die eine Seite des Foliums im Grundbuche die Inscription des Eigenthümers, die andere die Hypotheken und sonstigen dinglichen Belastungen.

218) Vgl. oben Note 206, 207.

219) Vgl. oben Note 207.

220) Nur solche Bücher, nicht eigentliche Grundbücher, gibt es in Frankreich über das Grundeigenthum, denen denn auch keine Beweiskraft in Ansehung desselben beigelegt wird. Foelix a. a. O. S. 51.

221) So werden in Hamburg (s. oben Note 206) die Servituten im Grundbuche, und nicht im Renten- oder Hypothekenbuche inscribirt. Vgl. n. staatsb. Magaz. IV. S. 117, Note 4.

222) Z. B. solche, welche in Einrichtungen auf Grund und Boden des Berechtigten bestehen, wodurch Immissionen auf fremdem Boden bewirkt werden, oder die Nachbarschaft lästiger wird, z. B. Anlage von Fenstern, Befriedigungen u. dgl. Solche Servituten sind eigentlich nur Grenzverhältnisse in Beziehung

Grundbuch ganz, oder ist nicht für alle diese Rechte die Inscription derselben nothwendiges Erforderniß ihrer Existenz, so muß entweder ihre Sicherheit durch die Ingrossation der Hypotheken, oder die Sicherheit dieser durch sie gefährdet sein. Letzteres ist der Fall, wenn die die Ingrossation betreffenden Gesetze überall nur über Hypotheken disponiren, wo die Ingrossation durchaus keinen anderen Vortheil, als die Präferenz vor Hypotheken gewährt. Denn von selbst versteht es sich damit noch nicht, daß auch andere dingliche Rechte, um gegen ingrossirte Hypotheken gesichert zu sein, der Ingrossation bedürfen und derselben fähig sind[223]). Ist aber dieser Grundsatz vom Gesetze anerkannt, so tritt natürlich das letztere ein. Eine solche Sicherungsingrossation kann aber, wie bereits angeführt[224]), im Zweifel nur auf die den Ingrossanten beschränkenden, und nicht auf diejenigen Rechte bezogen werden, von denen sein Recht abhängt. Schreibt daher ein Gesetz vor, daß auch solche Rechte in das Hypothekenbuch, sofern es nicht zugleich Grundbuch ist[225]), eingetragen werden sollen, so ist diese Eintragung keineswegs eine Sicherungsingrossation, wenn nicht etwa das Gesetz sie noch besonders für eine solche erklärt hat[226]), sondern sie dient blos zur Nachricht für die Ingrossaten oder Ingrossanten, und das Unterlassen einer solchen Eintragung kann auch diesen gegenüber dem Inhaber eines solchen Rechtes dasselbe nicht entziehen oder den Stoff desselben ganz oder theilweise ihren Hypotheken unterwerfen[227]). Nach der Verschiedenheit der Wir-

---

auf die Benutzungsart. Zuweilen will man von der Intabulation diejenigen ausnehmen, welche durch bestehende Einrichtungen erkennbar sind. S. indeß Winiwarter a. a. O. II. §. 163, S. 299 flg. Vgl. auch oben Note 188. Nach bayer. H.-G. §. 22, Z. 5, bedürfen Realservituten überhaupt der Inscription zur Sicherung nicht.

223) Man hat zuweilen selbst da, wo das Gesetz eine solche Ingrossation in Ansehung aller onera realia anerkennt (vgl. oben Note 91), diesen Ausdruck auf Hypotheken beschränken, und andere dingliche Rechte auch ohne dieselbe als gesichert betrachten wollen.

224) Vgl. oben bei Note 73 flg.

225) Denn dann ist die Ingrossation Bedingung der Existenz dieser Rechte. So in Oesterreich, wo die Hauptbücher oder die Gewährsbücher zugleich Grund- und Hypothekenbücher sind (Winiwarter a. a. O. II. §. 22, S. 36, 37). Ebenso ist in Preußen Grund- und Hypothekenbuch dasselbe (preuß. Landr. I. Tit. 20, §. 411). Dahingegen sind in Bayern zwar ebenfalls die nicht hypothekarischen dinglichen Rechte in das Hypothekenbuch einzutragen, aber ohne daß deren Existenz dadurch bedingt ist (bayer. Hypothekenordn. §. 22, 34, 130 flg. und Ges. v. 13. Mai 1823 §. 4—34).

226) Bayer. Hypothekenges. §. 22—26. Dieß kann denn auch durch die Art der Eintragung, welche das Gesetz bestimmt, geschehen sein. Zuweilen ist es indeß ausdrücklich vorgeschrieben, daß das Unterlassen von Eintragungen dieser Art, z. B. der Veränderung des Eigenthums, die im Texte verneinte Wirkung haben solle. Bayer. Hypothekenges. §. 26, Nr. 1.

227) Diese Rechte sind auch, abgesehen von ihrem Umfange, entweder unter allen Umständen, wie z. B. das Recht des Staates auf öffentliche Abgaben, oder doch wenn nur das Recht, welches dem Ingrossanten an dem Gegenstande der Hypothek zusteht, gehörig angegeben ist, z. B. daß es Untereigenthum sei, ohne besondere Inscription erkennbar.

kungen der Inscription muß man drei Arten derselben unterscheiden[228]). 1) die Einrichtung des Foliums, oder die Foliographie. Jedenfalls ist dazu bei Personalfolien der Name[229]) des Inhabers des Foliums, nämlich derjenigen Person, welche auf demselben ingrossiren lassen kann, bei Realfolien die Bezeichnung des Grundstückes, in Ansehung dessen auf dem Folium Ingrossationen vorgenommen werden sollen, schon der Natur der Sache nach nothwendig. Da indeß auch das Realfolium immer für die von Seiten eines bestimmten Berechtigten erwirkten Ingrossationen bestimmt ist, so wird es auch bei diesem erforderlich, den Namen desjenigen, der zur Ingrossation berechtigt ist, und sein Recht, woraus diese Berechtigung fließt, z. B. Eigenthum oder sogen. Untereigenthum, anzuführen. Zufolge gesetzlicher Bestimmungen soll aber auch oft, mit größerer oder geringerer Vollständigkeit, hier Alles angeführt werden, wovon die Beurtheilung des Werthes der Hypotheken abhängt, wie z. B. Steuern, Abgaben an den Grundherrn, Brandversicherungssumme der Gebäude, Größe und Taxationswerth des Areals[230]), und bisweilen auch Servituten[231]), in welchem Falle aber die Nichteintragung der Servituten ihren Inhabern nicht nachtheilig werden kann, während dieß vermöge des Vorrechtes der ingrossirten Hypotheken allerdings der Fall sein würde, wenn sie der zweiten Inscriptionsart angehörten[232]). Diese ist diejenige, welche blos Sicherung gegen spätere ingrossirte Hypotheken bewirkt, und der Beschränktheit ihrer Wirkung wegen als die uneigentliche Ingrossation ausgezeichnet werden kann, auch zuweilen die

---

228) S. darüber n. staatsb. Mag. V. S. 34—41. Die preuß. Hypothekenordn. vom 20. Dec. 1783 und die Verordn. für die Städte in Mecklenburg-Schwerin vom 22. Dec. 1829 schreiben drei Hauptrubriken vor, von denen die erste den Besitzer, seinen Titel und den Werth des Grundstückes, die zweite die beständigen Lasten und Realverbindlichkeiten, die dritte die Schulden enthält. Dieselben Rubriken in abweichender Ordnung im bayer. Hypothekenges. §. 130 flg. und in der weim. Verordn. v. 12. März 1841 §. 47 flg., wo aber die nicht hypothekarischen Belastungen zu den Hypotheken in die dritte Rubrik als Vormerkungen (unten Note 233) verwiesen sind. — In wie weit diese Inscriptionen zur bloßen Foliographie, mit Ausnahme der nie dahin gehörenden dritten Rubrik, zu zählen sind, ist nicht überall gleich und hängt namentlich davon ab, inwiefern das Hypothekenbuch zugleich Grundbuch ist. Insofern sie dahin gehören, pflegen sie keiner Beglaubigung zu bedürfen, z. B. die grundbuchmäßige Bezeichnung des Gutes in der ersten Rubrik nach der angef. weim. Verordn. §. 85.

229) Gesetze fordern auch zuweilen genauere Bezeichnung durch Stand, Wohnort u. dgl., auch wohl Angabe der Grundstücke, welche der Person zustehen.

230) Vorschriften dieser Art enthalten: Preuß. Hypothekenordn. a. a. O. Bayer. H.-O. §. 34, 130 flg. und Ges. v. 13. März 1823 §. 4—34. Schleswig-holst. Verordn. für die adel. Güter v. 23. Dec. 1796 §. 13, und für die Hintersassen v. 1797 §. 7; Hypothekenordn. für die ritterschaftl. Güter in Mecklenburg v. 11. und 22. Nov. 1819 §. 3. Bisweilen finden sich für solche Verhältnisse auch noch besondere Bücher, z. B. Dienstbücher oder Urbarien. Vgl. Winiwarter a. a. O. II. §. 22.

231) Vgl. schlesw.-holst. und mecklenb. Verordn. a. a. O.

232) Vgl. oben Note 91 flg.

Vormerkung genannt wird[233]). Die dritte Art, die eigentliche Ingrossation, ist diejenige, welche eine Präferenz begründet, und nur bei Hypotheken und gleichartigen Rechten, zuweilen auch bei Forderungen anwendbar ist[234]). Für diejenigen, welche ein, wenn auch nur aus einem persönlichen Anspruche entspringendes, aber durch ein Rechtsverhältniß begründetes Interesse dabei haben, daß fernere Ingrossirungen unterbleiben, oder durch dieselben nicht eine gewisse Priorität an andere ertheilt wird, dient das Mittel der Folienschließung[235]), der Beilegung einer Clausel[236]), der Vormerkung oder Pränotation[237]), der Protestation[238]). Das Mittel an sich besteht in einer Eintragung im Hypothekenbuche, wodurch eine zur Ingrossation oder zur Disposition über ein Ingrossat befugte Person zu Gunsten einer anderen an der Vornahme derselben gehindert oder in Ansehung der Wirksamkeit derselben beschränkt wird[239]). Mit Einwilligung jener kann es (die freiwillige Folienschließung) natürlich immer angewendet werden, so z. B. um Sicherheit wegen einer zu leistenden Zahlung zu erlangen, ohne die Kosten der Ingrossation aufzuwenden, oder die Forderung in ein auf Kündigung stehendes Capital zu verwandeln. — Wird es ohne solche vorgenommen, so hat es die Natur eines Arrestes[240]) und setzt eine Imploration des Interessirten, einen Anspruch desselben, der sein Interesse begründet, und eine causa für die Anwendung des Mittels voraus[241]). Die causae pflegen in den Hypothekengesetzen bestimmt und solche zu sein, welche einen Anspruch auf eine Ingrossation begründen, die von dem Schuldner noch nicht erlangt werden kann, z. B. weil die Forderung bestritten ist[242]), und das Mittel wird zuweilen selbst dann gestattet, wenn es in der That und unzweifelhaft noch an Erfordernissen für die Vornahme der Ingrossation mangelt, z. B. an einer Förmlichkeit der zu ingrossirenden Urkunde[243]), oder sie sind auch solche, vermöge welcher die Unterlassung einer Ingrossation oder einer gewissen Art derselben verlangt werden kann. — Es wird aber auch aus allen denjenigen Gründen, welche als causae eines gewöhnlichen Arrestes gelten, das Mittel gebraucht wer-

233) Weimar. Pfandgef. §. 130—143.

234) Vgl. oben Note 96 flg.

235) Im schlesw.-holsteinischen Rechte.

236) Im alten Ingrossationssysteme, z. B. in Hamburg.

237) Im österr. Rechte. Hier dient sie auch dazu, um die Zuschreibung des Eigenthums gegen andere Dispositionen sicher zu stellen: Oesterr. G.B. §. 438. Winiwarter a. a. O. II. §. 128. In gleichem Umfange kann man von der Vormerkung Gebrauch machen nach württemb. Pfandgef. Art. 74 flg.

238) Im preußischen und bayer'schen Rechte.

239) Z. B. Prot.-Verordn. für Süderdithmarschen v. 18. Dec. 1810 §. 62.

240) Holst. Circularrescript v. 3. Dec. 1773. v. Kamptz, Jahrb. V. S. 123—126.

241) Zu allgemein bei Maurenbrecher a. a. O. §. 3[illegible], Note 5, und für das gemeinrechtliche Princip, zu eng bei Mittermaier a. a. O. §. 263, Note 29.

242) Preuß. Landr. I. Tit. 20, §. 416—418. Weim. Pfandgef. §. 63.

243) Preuß. Landr. a. a. O. §. 419. Oesterr. Gesetzbuch §. 453.

den können[244]), sobald es nur geeignet ist, der der Realisirung eines Anspruches drohenden Gefahr zu begegnen, also z. B. wenn der Schuldner verschwendet, nicht aber wenn er flüchtig wird. Zuweilen bedient man sich auch dieses Mittels, um denjenigen, der im Prozesse durch Berufung auf Grundbesitz Befreiung von Cautionsbestellung erlangt hat, zu hindern, durch fernere Dispositionen dem Gegner die Sicherheit zu entziehen[245]). Gemeinrechtlich sollte nur ein nach Analogie der Arrestanlegung competentes Gericht das Mittel verfügen können; particularrechtlich pflegt aber die Hypothekenbehörde befugt zu sein, es zu gewähren. — In Ansehung der Zwecke und Wirkungen des Mittels unterscheidet man: protestatio pro conservando loco, pro conservando iure und de non amplius intabulando[246]). — Die erstere, in Bayern vorzugsweise die Vormerkung genannt, setzt einen Anspruch auf Ingrossation voraus, gibt zwar an sich kein dingliches Recht, sondern bewirkt ihrer Natur nach nur, daß wenn jener Anspruch zur Anerkennung gelangt und realisirt wird, die Priorität der Ingrossation von dem Datum der Protestation, falls das zu ingrossirende Recht damals schon bestand, und nicht von dem der Ingrossation abhängt, sie also den Vorzug vor allen nach der Protestation geschehenen Ingrossationen hat. Wo indeß die Ingrossation das Recht erst begründet, und vor derselben nur ein Titel auf das Recht besteht, wird diese Folge dadurch bewerkstelligt, daß das Gesetz gestattet, an die Stelle der Protestation eine Ingrossation zu setzen[247]), oder das Recht als zur Zeit der Protestation entstanden betrachtet[247a]), oder der Protestation die Wirkung beilegt, ein bedingtes Recht zu begründen[248]). — Die zweite, in Bayern vorzugsweise die Protestation, erfordert ein Interesse, welches durch Veränderungen auf einem Folium oder in Ansehung eines einzelnen Ingrossaten verletzt werden kann, z. B. durch eine das Aufrücken einer späteren Hypothek in eine bessere Priorität verhindernde Transcription einer früheren auf einen anderen Gläubiger. Sie kann also auch von denjenigen vorgenommen werden, welche bereits eine Ingrossation erlangt haben[249]), und nicht weniger von einem Cessionar oder von dem Schuldner selbst, z. B. zur Verhinderung von Cessionen[250]), zur

---

244) Vgl. Falck, Anm. zu Posselt, im staatsb. Mag. I. S. 743. So gestattet auch die schlesw. Verordn. v. 12. Juni 1739 §. 12 wegen Verzuges des Wechselschuldners die Foliensschließung und die holstein. Verordn. v. 20. Febr. 1769, 23. Nov. 1775, 16. März 1787, 14. März 1788 §. 10 verbinden deren Wirkung mit jedem Arreste auf das gesammte Gut einer Person.

245) So nach der Hamburgischen Praxis. Zuweilen kann in solchen Fällen eine Hypothek erlangt werden: Preuß. Landr. I. Tit. 20, §. 4.

246) Diese Unterscheidungen hat das preuß. Recht: Mittermaier a. a. O. §. 263, Note 32. Maurenbrecher a. a. O. §. 311, Note 5.

247) Preuß. Landr. I. Tit. 20, §. 421. Bayer. Hypothekengef. §. 30.

247a) Württemb. Pfandges. §. 79—81. Weim. §. 67, 69.

248) So bei der österr. Pränotation: Oesterr. Gesetzbuch §. 453.

249) Vgl. v. Kamptz, Jahrb. V. S. 114—123, wonach sie unter Umständen auch ex officio geschehen kann.

250) Bayer. Hypothekengef. §. 26, 28.

Erhaltung von Einreden[251]). Ihre Wirkung ist die, daß alle jenem Interesse widerstreitenden Veränderungen der gedachten Art nur unter der Bedingung Giltigkeit haben, daß der Anspruch, worauf jenes beruht, als ungiltig sich herausstellt[252]). Unter Umständen gehört die Vormerkung dem Grundbuche und nicht, wie gewöhnlich, dem Hypothekenbuche an, z. B. wenn der Anspruch auf Erlangung des Eigenthums geht[253]). — Die letztere, welcher vorzugsweise die Benennung der Folienschließung angemessen ist, läßt sich auch wegen jedes gewöhnlichen Arrestgrundes denken, gibt zwar ebenfalls kein dingliches Recht, muß aber, um ihren Zweck zu erreichen, die Wirkung haben, daß alle vor ihrer Erledigung etwa geschehenen Ingrossationen dem Protestanten oder Imploranten gegenüber als nicht geschehen gelten[254]). Die gänzliche oder theilweise Tilgung einer Ingrossation muß sowohl in dem Folienbuche, als im Nebenbuche, und ebenfalls auf der Urkunde, welche über den ingrossirten Posten ausgestellt ist, bemerkt werden, auch wenn letztere nur ein beglaubigter Auszug aus den öffentlichen Büchern über die Bestellung des ingrossirten Rechtes wäre, sobald derselbe nur die Stelle der Originalurkunde einnimmt[255]). Ist demnach diese Urkunde verloren gegangen, so kann die Tilgung ohne deren vorgängige Mortification nicht stattfinden[256]). Bei Personalfolien kann auch eine Uebertragung der Ingrossationen von einem Folium auf das andere erforderlich werden, was dann eintritt, wenn ein mit Ingrossationen beschwertes Gut, ohne deren Tilgung, auf eine andere Person übergeht[257]), und es kann dann eine Tilgung derselben auf dem Folium des Veräußerers dessenungeachtet nicht stattfinden, wenn die Ingrossationen auch auf anderen Gütern desselben, insbesondere auf dessen sämmtlichen, gegenwärtigen und zukünftigen, Gütern, haften. Selbst im Concurse können die auf sämmtliche Güter des Boniscedenten haftenden ingrossirten Hypotheken derjenigen, welche keine Befriedigung erlangt haben, nicht getilgt werden, sondern bleiben vielmehr auf dem Personalfolium stehen, während auf den Realfolien sämmtliche Hypotheken getilgt werden müssen, welche nicht etwa von dem

251) Württemb. Pfandges. Art. 160. Bayer. H.-G. §. 26, Nr. 4, 5.

252) Ebendas. Art. 76—78 und bayer. H.-G. §. 28.

253) Ebendas. Art. 74, 75, 160.

254) Ein Vorrang vor anderen Gläubigern kann dadurch nicht erreicht werden, es sei denn daß der Arrest, wie z. B. der sächsische, ein Pfandrecht begründete.

255) Nicht immer nämlich wird eine besondere Verpfändungsurkunde zur Ingrossation eingereicht, sondern nur der mündliche Antrag auf Ingrossation zu Protocoll genommen. Eine Ausfertigung darüber vertritt dann zuweilen die Stelle jener, z. B. in einigen holstein. Aemtern. Gleiche Bedeutung haben auch die württemb. Pfandscheine: Württemb. Pfandges. Art. 191 flg., Art. 210 flg., wenn sie nicht mit einer Schuldverschreibung verbunden sind: Art. 14.

256) Württemb. Pfandges. Art. 211, 212. In Ansehung der, in der Form den württemb. Pfandbriefen ähnlichen bayer. Hypothekenbriefe und Recognitionsscheine (bayer. Hypothekenges. §. 170 flg.) scheint dieß nicht erforderlich zu sein.

257) Vgl. weim. Verordn. v. 12. März 1841 §. 93.

Erwerber des Grundstückes mit übernommen sind[258]). Hat man also, was zuweilen geschieht, auf Realfolien ebenfalls allgemeine Hypotheken inscribirt[259]), so müßte man auch für diese, sofern ihre Inhaber keine Befriedigung erlangt, nach dem Concurse neue Folien anlegen, was indeß bei Realfolien wenigstens so lange nicht thunlich ist, als es noch an einem Gute dafür fehlt. — Für den Fall, wo der Schuldner bei der Tilgung sich die anderweitige Disposition über den durch dieselbe erledigten Platz erhalten wird, muß zuweilen eine besondere Form der Tilgung beobachtet werden, bei welcher die Summe des getilgten Postens ungetilgt bleibt. Dieß ist die Tilgung ante lineam[260]). — Die Hypothekenbehörde, zuweilen blos ein einzelner Hypothekenbuchführer, Hypothekenbewahrer, sie sei nun ein Gericht[261]), ein Gemeinderath[262]), ein Amtmann oder Amtsverwalter oder ein Schultheiß[263]), oder ein allein für diese Function bestellter Beamter, haftet für jeden Schaden, der durch Unrichtigkeiten in dem wesentlichen Inhalte oder Mängel der Hypothekenbücher oder der ihnen sonst obliegenden Ausfertigungen den Betheiligten zugeht, falls sie nicht nachweisen können, daß genügende Gründe vorhanden gewesen, um den fraglichen Punkt als richtig anzunehmen, z. B. die Identität der Person, welche in eine Ingrossation oder Tilgung consentirte. Für Beschädigungen oder Untergang der Hypothekenbücher, so wie wegen unerlaubten Gebrauches, der mit denselben gemacht worden[264]), müssen sie ebenfalls verantwortlich sein, wenn es ihnen nicht etwa unmöglich war, die jene oder diesen effectuirenden Handlungen anderer mit den ihnen zu Gebote stehenden Kräften und Mitteln abzuwenden. Und insofern es dabei auf einen Grad des Verschuldens ankommen kann, muß auch der geringste sie ersatzpflichtig machen[265]). Nicht weniger haften sie wegen des durch Verweigerung oder Verzögerung zulässiger Ingrossationen, so wie durch Nichtbeobachtung der gesetzlichen Vorschriften bei vorgenommenen Ingrossationen verursachten Schadens[266]). In Ansehung der Einrichtung der Bücher liegt es ihnen namentlich ob, die Foliographie gemäß

---

258) Denn hier ist die Hypothek erloschen, auch wenn der Gläubiger keine Befriedigung erhalten hat, und es tritt Tilgung von Amtswegen ein: Schlesw. und holst. Verordn. v. 23. Dec. 1796 und 5. Dec. 1800 §. 19, v. 24. März 1797 §. 20.

259) Holst. Verordn. v. 20. Sept. 1698 §. 4.

260) Falck, staatsb. Mag. I. S. 154.

261) Z. B. bayer. Hypothekenges. §. 86 ff.; Weimar. Pfandges. §. 61; auch in Oesterreich und Preußen.

262) So in Württemberg und Baden.

263) So in Württemberg als Vorstand des Gemeinderathes.

264) Vgl. bayer. Hypothekenges. §. 95. Württemb. Pfandges. Art. 156.

265) Arg. L. 4. D. de magistr. conv. (27. 8.) pr. J. de oblig. quae ex delicto. (4. 5.) L. 6. D. de extraord. cogn. (50. 13.) L. 5. §. 4. D. de O. et A. (44. 7.) Wegen absichtlicher oder nachlässiger Hintenansetzung ihrer Pflichten macht sie verantwortlich das württemb. Pfandges. Art. 223. Vgl. dazu Mayer, Comment. II. S. 808. Reyscher, württemb. Privatr. II. S. 131.

266) Vgl. württemb. Pfandges. Art. 224.

der Vorschrift des Gesetzes vorzunehmen[267]), und kein zu derselb gehöriges Moment aufzunehmen, dessen Dasein ihnen nicht mit juri scher Gewißheit vorliegt[268]). In Ansehung der uneigentlichen wie d eigentlichen Ingrossation und der Tilgung, so wie der freiwilligen Folien schließung, haben sie nicht allein die gesetzliche Form zu beobachten, w es eine solche gibt, sondern auch dieselben nur vorzunehmen, wenn üb die Berechtigung und Befähigung, so wie über die Identität derjenig Personen, welche in diese Handlungen zu consentiren haben und consen tiren, juridische Gewißheit ihnen vorliegt. Hierauf muß man gemein rechtlich ihre Pflicht zur causae cognitio[269]) beschränken. Auf den Tit der Hypothek kann man sie nur in dem Falle erstrecken, wo die Vornahm einer Ingrossation ohne Zustimmung des Schuldners geschehen darf[270]) und geschieht. Denn wenn auch darüber in diesem Falle, ebenso wie über den Anspruch auf Tilgung, wenn diese ohne Einwilligung des Gläu bigers vorgenommen werden soll[271]), eine amtliche Untersuchung erfoder lich ist, so erscheint sie doch in anderen Fällen überflüssig, weil es jedem frei stehen muß, durch unbegründete Ingrossationen oder Folienschließungen sich Hindernisse für künftige Ingrossationen zu bereiten, ebenso wie jeder befugt ist, zu seinen Gunsten bestehende Ingrossationen tilgen zu lassen, wenn auch das ingrossirte Recht noch fortbesteht[272]). Noch weniger kann und darf sie gemeinrechtlich zu einer Cognition über die Sicherheit der Hypothek schuldig erachtet werden[273]), und wegen nicht befundener

267) Daß das Hypothekenbuch giltig sei, wenn es nach Realfolien geführt, während das Gesetz Personalfolien vorschreibe, wird vertheidigt von Jensen, im staatsb. Mag. V. S. 669. Zuweilen sind Formulare dafür, so wie auch für die Ingrossationen, vorgeschrieben; z. B. württemb. Instruct. v. 14. Dec. 1825 §. 26—33 und Beilagen dazu. Weimar. Verordn. v. 12. März 1841 nebst Beilagen.

268) Dieß muß man verlangen, wenn es nicht etwa der Behörde vorge schrieben ist, sich mit anderen Momenten zu begnügen.

269) S. darüber Mittermaier a. a. O. §. 261, Note 23, §. 263, Note 10. — Ausführliche Vorschriften über das Verfahren im weim. Pfandges. §. 226—232.

270) Wie dieß zuweilen der Fall ist, wo gesetzliche Hypotheken in dem Sinne anerkannt sind, daß sie blos einen Titel zum Erwerbe einer öffentlichen Hypothek gewähren. Vgl. oben Note 162. Particulargesetze verlangen indeß zuweilen allgemein eine Cognition über den Pfandrechtstitel: Württemb. Pfand ges. Art. 175.

271) Vgl. oben Note 166 flg.

272) Zu allgemein ist es daher, wenn Mittermaier a. a. O. §. 263, Note 10, die Cognition auf alle Verhältnisse, von welchen das Dasein des Pfandrechtstitels abhängt, bezieht, und ebendas. §. 267 Litt. a. die Behörde schlechthin wegen Eintragungen aus unerlaubten und ungiltigen Geschäften ver antwortlich macht. Richtiger: ebendas. §. 261, Note 23. — Eine andere allerdings zu bejahende Frage ist die: ob die Behörde, wenn sie von dem Mangel des Titels Kenntniß erlangt hat, die Vornahme des wirkungslosen Actes verweigern darf, und ob sie es muß, wenn es vorliegt, daß ein Betrug dadurch be zweckt wird?

273) Mittermaier a. a. O. §. 261, Note 23. Liegt der Behörde par ticularrechtlich eine Schätzung des Gegenstandes der Hypotheken ob (z. B. württ.

Sicherheit eine Ingrossation verweigern. Sonst würde man, in jenem wie in diesem Falle, ihr eine Ueberwachung der Privaten in Ansehung der Verwaltung ihrer Vermögensangelegenheiten zuweisen, die ihr nur vermöge einer obervormundschaftlichen Gewalt zustehen könnte[274]). Die von ihr zu ertheilenden Atteste[275]) und Auszüge aus den Hypothekenbüchern sind in genauer Uebereinstimmung mit denselben abzufassen. Ferner sind die Ingrossationen und Tilgungen, so wie die freiwilligen Folienschließungen sofort in Gegenwart des consentirenden Betheiligten durch Inscription zu vollziehen, wenigstens muß man dieß in Ansehung der Eintragung in das Hypothekenbuch im engeren Sinne verlangen[276]). Arrestatorische Folienschließungen sind nur vorzunehmen, wenn über deren Voraussetzungen die erforderliche juridische Gewißheit (Beweis oder Bescheinigung) vorliegt, oder, wo es erforderlich ist, ein sie gestattendes Decret einer höheren Behörde oder eines Richters. Jede Ingrossation und Tilgung muß mit einer Beglaubigung des Protocollführers selbst versehen sein, sofern sie nicht, wie es in Ansehung der Inscriptionen in den Folienbüchern zuweilen vorgeschrieben ist[277]), von ihm eigenhändig vorgenommen worden[278]). Es darf endlich da, wo die Einsicht der Hypothekenbücher nicht dem ganzen Publicum offen steht, sie nur den Folieninhabern, jedem für sein Folium, und denen, in Ansehung welcher sie es gestatten, in demselben Umfange, und ferner Ingrossirten nur insofern gewährt werden, als es erforderlich ist, um sich von dem Stande ihrer Ingrossationen zu überzeugen[279]). Dieselbe Beschränkung gilt denn auch

---

temb. Pfandges. Art. 12, bad. Landr. Art. 2127 a, vgl. auch Arch. für civ. Prax. XIX. S. 127 flg.), so ist dieß genau genommen noch keine Cognition über die Sicherheit, da diese von anderen Umständen abhängen kann, als dem Werthe, den eine übrigens richtige Schätzung ergibt. Allein hier kann die Behörde allerdings wegen Versehen bei der Schätzung verantwortlich werden.

274) Haftung der Behörde für die Zulänglichkeit der Hypothek (die einst in ostrheinischen Ländern stattfand und wieder erneuert ist: Mittermaier a. a. O. §. 263, Note 21), jedoch nur, wenn sie durch Einräumung eines Pfandrechtes sine clausula übernommen ist (ders. im Arch. für civ. Prax. XVIII. S. 157), würde die Behörde nicht zur causae cognitio darüber verpflichten, sondern nur zu ihrer eigenen Sicherheit dazu befugen. — Sie ist aber gewiß eben so unzuverlässig, als exorbitant und hindernd für den Verkehr im Bereiche des Hypothekenwesens, wenn auch dann die Sicherheit der Hypotheken dadurch gefördert wird, wenn die Haftung auf mehreren vermögenden Personen ruht, wie dieß bei Gemeinderäthen der Fall sein kann.

275) Z. B. über Werth und Beschwerung eines Grundstückes, im württemb. Pfandgesetze Art. 174 Informativ-Unterpfand-Scheine genannt.

276) Denn hier entscheidet der Zeitpunkt der Ingrossation über die Priorität, und so lange die Ingrossation noch nicht wirklich geschehen, kann der Nachkommende den für dieselbe bestimmten aber noch nicht occupirten Platz für sich in Anspruch nehmen.

277) Z. B. in holstein. Verordnungen.

278) Denn das Buch soll öffentlichen Glauben haben. Außer der Unterschrift des Buchführers fordert auch die des Dirigenten der Behörde: Weim. Pfandges. §. 213 und Verordn. v. 12. März 1841 §. 85, 99, 106.

279) Denn in diesem Umfange muß die Einsicht immer verstattet sein. Vgl. württemb. Pfandges. Art. 61—63. Weim. Pfandges. §. 207. — Ob es zweck-

in Ansehung der Ertheilung von Auszügen aus den Hypothekenbüch[ern] und von Attesten über dieselben[280]). Entsteht die Frage, wer von m[eh]reren Interessenten bei dem Rechte zu schützen ist, welches ihm nach de[m] Inhalte des Hypothekenbuches zukommt, und wer von ihnen dem ander[n] weichen und sich mit dem Entschädigungsanspruche gegen die Behörd[e] begnügen muß, so muß die Regel entscheiden: daß der sich in der ersten Lage befindet, dem einmal sein Recht ohne Widerstreit mit dem Rech[te] des anderen erworben worden ist[281]). Denn nachherige fehlerhafte Han[d]lungen dürfen ihm sein Recht um so weniger entziehen, als ihm kein Gelegenheit gegeben ist, sie abzuwenden, während er davon, ob die Er[]forderniße der Erlangung des Rechtes vorhanden sind, sich durch Einsicht des Buches überzeugen, und im Falle eines Mangels daran, Abhilfe fo[r]dern kann. Eine Entschädigungsklage gegen die Behörde kann übrigens dann nicht begründet sein, wenn dem Interesse des Betheiligten blos eine nichtige oder rescissible, oder eine condictio für ihn begründende In[]grossation entgegensteht[282]). Denn in diesem Falle ist noch gar kein wahre Beschädigung vorhanden, sondern nur ein formelles Hinderniß, wiewohl insofern, als die Beseitigung dieses Hindernisses dem Betheilig[]ten Kostenaufwand verursacht, allerdings ein Entschädigungsanspruch gegen die Behörde entstehen kann. Im übrigen kann der Entschädigungs[]anspruch gegen den Protocollführer selbst nie ein blos subsidiärer sein, es sei denn, daß die Ursache des Schadens in einer rechtswidrigen Handlung eines Anderen bestände, welche er zu verhindern verpflichtet war[283]). Es kann aber auch, wenn die Behörde ein Collegium ist, der Entschä[]digungsanspruch selbst direct gegen die übrigen Mitglieder derselben begrün[]det sein, wenn die Beschädigung ihren Grund in ihren Beschlüssen hat[284])

---

mäßig sei, dem ganzen Publicum die Einsicht zu verstatten, hängt offenbar davon ab, ob die Unkunde des Publicum über die Belastungen der Grundstücke dasselbe veranlassen wird, dieselben bei Beurtheilung der Vermögensverhältnisse höher anzuschlagen, als sie wirklich sind.

280) S. ebendas. Art. 63 und §. 208. In ihr liegt natürlich auch immer die Gewährung der Einsicht. Wo diese jedem verstattet wird, wie z. B. in Hamburg, da werden auch Niemandem solche Ausfertigungen versagt.

281) Vgl. oben Note 177.

282) Vgl. oben Note 198 flg.

283) Als eine subsidiarische Klage bezeichnet sie Mittermaier a. a. O. §. 267, Note 10, und fordert zu ihrer Begründung nicht allein, daß durch Verschulden des Beamten ein Schade zugefügt worden, sondern auch daß die[]jenigen zuvörderst ausgeklagt worden, welche zur Leistung der Verbindlichkeit oder zu Schadenersatz zunächst verbindlich waren. So auch im württemb. Pfand[]ges. Art. 225; allein in Beziehung auf die Unterpfandsbehörde, die hier noch einen Actuar neben sich hat; ferner im weim. Pfandges. §. 351. — Solche Personen lassen sich aber nur in dem angegebenen Falle denken. Wo die Be[]hörde auch in Ansehung der Ermittelung des Werthes Obliegenheiten hat und der Gläubiger über denselben getäuscht worden ist, da können freilich die Bürgen als solche Personen vorkommen. Allein dieß tritt gemeinrechtlich nicht ein. — Auch haben dann die Bürgen ebenfalls die Klage gegen die Behörde: Württemb. Pfandges. Art. 226.

284) Hier muß zu jeder Ingrossation, so wie zu jeder Tilgung, ein Be[]schluß des Collegiums gefaßt werden. Vgl. württemb. Pfandges. Art. 143 mit

und der Protocollführer denselben Folge zu leisten schuldig war. Sonst aber können sie überall nur wegen vernachlässigter Aufsicht über den Protocollführer in subsidium verantwortlich sein[285]). Wegen Unterlassen müssen alle diejenigen, welche gleichmäßig zum Handeln verpflichtet waren, unter Vorbehalt der Einrede der Theilung, als correi haften[286]). Wegen positiver Handlungen sind aber nur diejenigen in gleichem Verhältnisse verantwortlich, welche Theil an denselben genommen haben[287]), und nur dann kann eine subsidiäre[288]) Haftung der übrigen begründet sein, wenn sie von den ihnen zu Gebote stehenden Mitteln zur Abwendung jener Handlungen keinen Gebrauch machten[289]), was auch dann der Fall ist, wenn sie, wo ihnen eine Theilnahme zustand, den Andern, mit oder ohne Auftrag, allein handeln ließen[290]). Daß auch Mehreren, welche dieser subsidiären Haftung unterworfen sind, die Einrede der Theilung zu gestatten, scheint nicht in Zweifel gezogen werden zu können. — Wo die Einrede der Theilung sonst zusteht, wird sie doch demjenigen versagt, der wegen seines eigenen dolus belangt wird[291]), und derjenige, welcher ausdrücklich zum gemeinsamen Handeln auf gemeinsame Gefahr angestellt ist, kann mit derselben nicht verlangen, daß wegen des Antheiles seines Collegen auch dessen Bürge vor ihm ausgeklagt werde[292]). Wo demnach der Referent in Ansehung der Treue der Relation gefehlt hat, müssen die übrigen Glieder außer Verantwortung sein[293]), wenn nicht etwa ein Umstand vorlag, welcher sie veranlassen mußte, der Treue der Relation zu mißtrauen[294]); und wo durch einen Beschluß geschadet worden, haften diejenigen nicht, welche gegen denselben gestimmt[295]), während diejeni-

---

Art. 227 a. E., wornach der Actuar als solcher für diesen Beschluß überall nicht verantwortlich ist. Ist die Behörde nicht so organisirt, so kann das Collegium nur als eine Aufsichtsbehörde betrachtet werden.

285) Arg. L. 1. pr. D. de magistr. conv. (27. 8.) Bloße Aufsichtsbehörden können natürlich aus diesem Grunde ebenfalls verhaftet werden, sind aber von den Hypothekenbehörden selbst zu unterscheiden. Solche sind nach württemb. Pfandges. Art. 239 die Oberamtsgerichte.

286) Arg. L. 2. C. si tutor. etc. non gesserit. (5. 55.) L. 38. §. 1. L. 39. §. 11. D. de admin. tutor. (26. 7.) Particulargesetze verwerfen zuweilen die Einrede der Theilung, und gestatten nur Regreß gegen die Theilhaber. Weim. Pfandges. §. 354.

287) Arg. L. 1. §. 11. 12. 13. D. de tutelae et ration. distr. (26. 3.)

288) Arg. L. ult. C. de divid. tut. (5. 52.)

289) Arg. L. 9. §. 8. D. de admin. rer. ad civ. pert. (50. 8.) L. 14. D. de adm. tut. (26. 7.)

290) L. 11. pr. D. ad municip. (50. 1.) L. 1. L. 4. in f. C. quo quisque ord. (11. 35.)

291) L. 7. C. de magistr. conv. (27. 8.) Arg. L. 1. §. 14. D. de tut. et rat. (26. 3.) Vgl. württemb. Pfandges. Art. 235.

292) L. 2. L. 3. C. quo quisque ord. (11. 35.) — Anders in anderen Fällen. L. 4. C. eod. L. 11. L. 12. L. 13. D. ad munic. (50. 1.)

293) Vgl. Weim. Pfandges. §. 345.

294) Particulargesetze lassen indeß alle Glieder, unter Vorbehalt des Regresses gegen den, der sie irre leitete, haften. Vgl. württemb. Pfandges. Art. 232 a. E.

295) Vgl. württemb. Pfandges. Art. 229.

gen, welche gar nicht an der Abstimmung Theil genommen haben, in subsidium verhaftet behandelt werden müssen.[296]) — In Ansehung der Haftung der Erben müssen gemeinrechtlich ebenfalls die Regeln des römischen Rechtes zur Anwendung kommen[297]). — Gegen Verfügungen der Hypothekenbehörden finden dieselben Rechtsmittel statt, welche gegen die Verfügungen der Behörden der freiwilligen Gerichtsbarkeit überhaupt gestattet sind, also, wenn auf gemachte Vorstellungen keine Abhülfe ertheilt wird[298]), die Extrajudicialappellation[299]) an die vorgesetzte Behörde[300]), jetzt häufig der Recurs, die Berufung[301]), auch Beschwerdeführung oder Supplication genannt. — Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist indeß zuweilen den inzwischen im guten Glauben erworbenen Rechten gegenüber, oder so weit diese dadurch beeinträchtigt werden, unwirksam[302]).

III. Zur Realisirung des hypothekarischen Rechtes dient die Veräußerung seines Gegenstandes zum Vortheile des Berechtigten. Als vorbereitendes Mittel dazu gestattet das römische Recht das interdictum Salvianum und quasi Salv., so wie die actio Serviana und quasi Serv., auch hypothecaria actio genannt, welche in rem geht, womit der Gläubiger den Besitz des Gegenstandes der Hypothek erlangen kann[303]). Die teutsche Verfolgung des Pfandrechtes hat mehr den Charakter einer Execution als einer Klage, indem da, wo kein bereits im Besitze des Berechtigten befindliches Faustpfand vorliegt, die gerichtliche Errichtung oder Inscription die sofortige Liquidität des Rechtes herzustellen vermag. Bei der Satzung setzte die mit Hilfe des Gerichtes vorzunehmende Verfolgung, außer dem Eintritte eines Wiedereinlösungstermines, dreimaliges oder viermaliges Aufbieten vor Gericht in gewissen Fristen voraus, wodurch

---

296) Vgl. württemb. Pfandges. Art. 227, 228, 230, 231.

297) L. 4. D. de magistr. conven. (27. 8.) Besondere Bestimmungen darüber im württemb. Pfandges. Art. 234, 237.

298) Vgl. L. 13. §. 1. L. 16. L. 38. L. 39. L. 45. §. 1. D. de excus. (27. 1.)

299) C. 4. de elect. in VIto. (1. 6.) c. 8. de appell. in VIto. (2. 15.) Vgl. c. 44. X. de appell. (2. 38.) — Schon das röm. Recht kannte in solchen Fällen Appellation (L. 14. pr. D. de excus. L. 6. L. 15. L. 18. C. eod. L. 20. D. de admin. et peric. tut. [26. 7.] L. 10. §. 4. L. 17. §. 1. D. de app. [49. 1.]) und die Beschränkung des R.-A. v. 1594 §. 95 kann nicht als gemeinrechtlich betrachtet werden.

300) Diese sind particularrechtlich näher bestimmt, z. B. württemb. Pfandges. Art. 239 flg. Weim. §. 333 flg.

301) Z. B. württemb. Pfandges. a. a. O. Weim. a. a. O.

302) Württemb. Pfandges. Art. 89. Weim. Pfandges. §. 338.

303) Der wesentliche innere Unterschied zwischen dem Interdicte und der Action kann nur darin gefunden werden, daß es sich bei jenem blos um das Recht zu besitzen, bei diesem auch um das Recht sich aus dem Gegenstande durch Veräußerung befriedigt zu machen, handelt. Vgl. L. 1. §. 1. L. 2. D. de Salv. interd. (43. 33.) Deßhalb ist aber das Interdict noch kein eigentliches possessorisches und eben so wenig ein summarisches Rechtsverfolgungsmittel, als welches man es indeß jetzt zu betrachten pflegt. Vgl. Bayer, Theorie des summ. Proz. §. 72. Das Genauere hierüber gehört dem Art. Pfandrecht an.

der zur Wiederlösung Berechtigte zur Vornahme derselben aufgefordert wird. Wo die Aufbietung im Echteding vorzunehmen ist, erfüllen diese Fristen ein Jahr, und nach der letzten Aufbietung ist noch die Frist von drei gebotenen Dingen oder sechs Wochen und drei Tagen zur Wiederlösung gestattet[304]). Erfolgt sie dann nicht, so wird der Implorant entweder 1) zur sofortigen Veräußerung befugt[305]), oder 2) ihm das Eigenthum zugesprochen[306]), wodurch er denn auch zur Veräußerung befugt war; oder er wurde 3) in den Besitz des Pfandgutes gewiesen und erlangte erst nach Jahr und Tag, während welcher Zeit noch die Wiederlösung gestattet war, die Befugniß zu veräußern[307]), in welchem Falle indeß die Aufbietungsfristen kürzer zu sein pflegten[308]). Eine Nothwendigkeit, für die an die Stelle der Satzung tretende Hypothek ein anderes Verfahren einzuführen, lag in dem Wesen dieses Institutes nicht, wiewohl dann, wenn die Hypothek durch bloßen Privatvertrag bestellt war, die mangelnde Liquidität durch einen Widerspruch gegen die Aufbietung, an deren Stelle bei eigentlichen Capitalien eine Aufkündigung zu treten pflegte[309]), dem Verfahren Hemmnisse bereiten konnte, die aber auf die Gestaltung der Verfahrungsart von geringerem Einflusse sein konnten, insofern man zur Gültigkeit einer Hypothek eine Urkunde erforderlich hielt[310]). Indeß erschien nun das Recht des Imploranten in der Hauptsache als eine Forderung, es sei nun auf Rückzahlung oder auf Wiederlösung, und diese Auffassung konnte jener Verfolgung des Pfandes die Form eines Mandatsverfahrens aufdrücken, ein Verfahren, welches dem alten Executionsverfahren wegen unzweifelhafter Schuld[311]) nahe verwandt ist[312]), und von dem Grade der Liquidität hing es dann ab, ob der bedingte oder der unbedingte Mandatsprozeß eintreten konnte. In dieser Gestalt wird sich denn das Verfahren heutzutage, namentlich da, wo jede Hypothek eine öffentliche ist, regelmäßig zeigen[313]), und zwar selbst dann, wenn das Pfandgut sich nicht mehr im Eigenthume oder Besitze des ursprünglichen Verpfänders befindet, wie sich weiterhin näher herausstellen wird. Ja es kann als der regelmäßige Fall betrachtet

---

304) Stader Stat. I. 10 (Pufendorf, obss. I. app. p. 174.). Brem. Ord. 31 (ibid. II. app. p. 83.). Verdener Stat. 47 (ibid. I. p. 94.).

305) Vgl. die Stellen Note 304.

306) Freib. Stat. I. 37 (Schott III. 163).

307) Hamb. Stat. 12 (Pufend. III. app. p. 228.). Culm. R. III. 104.

308) Hamb. Stat. a. a. O. Culm. R. III. 110.

309) Vgl. oben Note 143 flg.

310) Vgl. oben Note 69.

311) Noch im Habeler Landr. v. 1583 Th. 2, Tit. 7 (Pufend. I. app. p. 17.), stellt sich das Verfahren so dar. Nach einmaliger Aufbietung vor dem Kirchspiele und Ablauf von 8 Tagen kann zum Verkaufe des Pfandgutes geschritten werden.

312) Vgl. Mittermaier, die summarischen Verfahrensarten (2. Aufl.) S. 156, 191.

313) Z. B. mecklenb. H.-O. für die ritterschaftl. Güter §. 23. — In Hamburg, wo man keinen Mandatsprozeß kennt, ist vor wenigen Jahren ein Gesetz über das Verfahren in Hypothekensachen erlassen.

werden, daß bei Hypotheken an Immobilien die Dinglichkeit des Re
und dessen Vorzug vor anderen sich erst beim Eintritte einer conc
mäßigen Behandlung in jeder Beziehung wirksam zeigt, indem Fo
rungsklage und hypothekarische Klage sich in jenem Verfahren so m
einander vermischen, daß in demselben vor dem Zugriffe auf die verpfä
deten Grundstücke zuweilen eine Execution auf die nicht verpfände
Mobilien gerichtet werden kann[314]). Dem ursprünglichen Charakter d
Verfolgung des Pfandes als eines Executionsverfahrens ist es denn au
zuzuschreiben, daß die jetzt allgemein bestehende und auch in Particular-
rechten[315]) ausdrücklich aufgestellte Regel entstanden ist, daß die Ver-
äußerung verpfändeter Güter unter Auctorität des Gerichtes, es sei nun
durch dieses selbst oder zufolge von demselben ertheilter Auctorisation auf
Betreiben des Gläubigers[316]) vorgenommen werden muß, wodurch die
Beobachtung der für den römischen außergerichtlichen Verkauf vorgeschrie-
benen Denunciationen und Fristen hinwegfällt[317]). Der gerichtliche
Verkauf hat dann auch die Folge, daß der hypothekarische Gläubiger seine
Befriedigung, so weit der Erlös ausreicht oder erforderlich ist, durch das
Gericht erlangt, und da auch dem nachstehenden Pfandgläubiger das Recht,
zu jenem Verfahren zu schreiten, nicht abgesprochen werden kann[318]),
und die gerichtliche Veräußerung den Untergang aller hypothekarischen
Rechte an dem veräußerten Gegenstande zur Folge haben soll[319]), dieß
aber voraussetzt, daß die Rechte aller Pfandgläubiger gehörig berücksich-
tigt sind[320]), so ist derselbe im Falle einer Concurrenz solcher Gläubiger
immer mit einer concursmäßigen Behandlung verbunden, welche dann
aber nicht nothwendig einen eigentlichen oder Universalconcurs erfordert,
sondern auch in einem sogen. Particularconcurse bewerkstelligt werden
kann, wie dieß namentlich dann eintritt, wenn der Schuldner Forense
ist. — Ist ein Anderer in das Recht des Verpfänders eingetreten und
ebenfalls in seine Verpflichtung gegen die Pfandgläubiger, so wird er

---

314) Württemb. Executionsgesetz v. 15. April 1832 Art. 31. Nament-
lich in Holstein pflegt der Verkauf von Immobilien wegen hypothekarischer For-
derungen fast nur einzutreten, nachdem der Schuldner in Mobilien nicht pfänd-
bar befunden und seine Insolvenz declarirt worden.

315) Vgl. preuß. Landr. I. Tit. 20, §. 28. Württemb. Executionsgesetz
a. a. O.

316) So wurde in Lübeck, nachdem die Aufforderung an den Eigenthümer
und die übrigen Pfandgläubiger zur Entsetzung in gewisser Frist vergeblich ge-
blieben, dem verfolgenden Pfandgläubiger das Grundstück zugeschrieben, und
darauf die Subhastation erkannt. Dreyer, Einleit. in die lübischen Verord-
nungen S. 378.

317) Mittermaier a. a. O. (Privatr.) §. 268.

318) Württemb. Pfandges. Art. 112. Weim. §. 155. Daß nach römi-
schem Rechte ein nachstehender Pfandgläubiger gültig veräußern könne, läßt sich
nicht darthun. Ueber die verschiedenen Meinungen und deren Vertheidiger s.
Bopp, in Roßhirt's Zeitschr. I. S. 378 flg.

319) Z. B. bayer. Gerichtsordn. Cap. 18, §. 7, im Cod. jud. Bav.
Württemb. Pfandges. Art. 129. Weim. §. 164.

320) Ueber Berücksichtigung vorgehender Rechte: Weim. Pfandges. §. 98,
99, 155.

natürlich nicht anders als jener behandelt, und befindet sich das Pfandgut in dem Besitze eines Dritten, der nicht in das Recht des Verpfänders getreten ist, so pflegt das Pfandgut durch eine Vindication zur Masse gezogen zu werden, und nur wenn eine solche nicht existirt, wird das Bedürfniß, von der hypothecaria actio Gebrauch zu machen, hier entstehen können. — Zum Gebrauche der römischen Pfandklagen wird demnach außer diesem Falle nur dann Veranlassung sein, wenn ein Anderer in das Recht, nicht aber in die Verbindlichkeit des Verpfänders eingetreten, also auch zu weiter nichts, als zur Herausgabe des Gutes gehalten ist; wie es bei Mobilien der regelmäßige Fall ist, bei denen aber auch der Grundsatz: Hand muß Hand wahren, dem Inhaber Schutz, so wie gegen jenes Verfahren, so auch gegen die römischen Pfandklagen, gewähren kann. — Der durch den gerichtlichen Verkauf eintretende Untergang der hypothekarischen Rechte kann aber nur diejenigen treffen, welche vermöge des dadurch ebenfalls veräußerten oder untergegangenen Rechtes des Bestellers begründet und von demselben abhängig sind, also wenn dieses blos ein dominium utile war, nicht die von dem dominus directus bestellten Pfandrechte[321]). Auch sonstige iura in re aliena, wie Servituten und die aus Reallasten entspringenden und die kraft ihrer bestellten Hypotheken, gehen dadurch nur dann unter, wenn ihr Stoff von denjenigen Hypotheken ergriffen wird, zu deren Realisirung die Veräußerung geschieht[322]). Der Anstellung einer hypothecaria actio bedarf es aber auch dann, wenn diese Rechte durch die Veräußerung untergehen und also ihren Inhabern durch dieselbe entzogen werden sollen, gegen diese nicht. Denn dieser Klage bedarf es überall nicht, um den hypothekarischen Gläubiger erst zu befugen, dasjenige, was seinem Rechte unterworfen ist, ungeachtet der Anderen daran zustehenden schwächeren Rechte, zu veräußern, sondern nur um das factische Hinderniß zu beseitigen, welches der Besitz des Gegenstandes selbst auf Seiten eines Anderen der Ausübung dieser Befugniß entgegensetzt. Dieser Besitz befindet sich aber nicht bei dem Inhaber eines ius in re aliena als solchem, und so pflegt denn dasselbe, oder sein Stoff, mit dem Gegenstande selbst, ohne Weiteres der concursmäßigen Behandlung unterworfen zu werden. — Wird aber der Stoff solcher Rechte nicht von Hypotheken der gedachten Art ergriffen, so kann selbst dann, wenn deren Anmeldung bei dem zum Verkauf führenden gerichtlichen Verfahren unterblieb, ohne besonderes Gesetz dieser Verkauf dieselben nicht vernichten[323]). Denn nur die Rechte der

321) Es sei denn, daß letzterer zur Verpfändung des Gutes seine Einwilligung gegeben hätte, wo das Pfandrecht als ein von ihm selbst bestelltes zu behandeln wäre.

322) Dieß tritt dann ein, wenn diese letzteren Hypotheken älter sind, als die Servituten oder Reallasten, oder wenn sie jüngere öffentliche sind, aber diese iura der zur Sicherung gegen sie erforderlichen Ingrossation ermangeln.

323) Die Inhaber dieser Rechte gehören zu den Vindicanten ex iure dominii. Und wenn es auch ziemlich allgemein üblich ist, diese ebenfalls zur Anmeldung ihrer Ansprüche im Concurse vorzuladen, und deren Präclusion für die schnellere Regulirung der Activmasse zweckmäßig ist (vgl. Bayer, Theorie

werden, daß bei Hypotheken an Immobilien die Dinglichkeit des Rech und dessen Vorzug vor anderen sich erst beim Eintritte einer concu mäßigen Behandlung in jeder Beziehung wirksam zeigt, indem Fo rungsklage und hypothekarische Klage sich in jenem Verfahren so einander vermischen, daß in demselben vor dem Zugriffe auf die verpfä deten Grundstücke zuweilen eine Execution auf die nicht verpfända Mobilien gerichtet werden kann[314]). Dem ursprünglichen Charakter de Verfolgung des Pfandes als eines Executionsverfahrens ist es denn au zuzuschreiben, daß die jetzt allgemein bestehende und auch in Particula rechten[315]) ausdrücklich aufgestellte Regel entstanden ist, daß die Ve äußerung verpfändeter Güter unter Auctorität des Gerichtes, es sei nu durch dieses selbst oder zufolge von demselben ertheilter Auctorisation au Betreiben des Gläubigers[316]) vorgenommen werden muß, wodurch die Beobachtung der für den römischen außergerichtlichen Verkauf vorgeschrie benen Denunciationen und Fristen hinwegfällt[317]). Der gerichtliche Verkauf hat dann auch die Folge, daß der hypothekarische Gläubiger seine Befriedigung, so weit der Erlös ausreicht oder erforderlich ist, durch das Gericht erlangt, und da auch dem nachstehenden Pfandgläubiger das Recht, zu jenem Verfahren zu schreiten, nicht abgesprochen werden kann[318]), und die gerichtliche Veräußerung den Untergang aller hypothekarischen Rechte an dem veräußerten Gegenstande zur Folge haben soll[319]), dieß aber voraussetzt, daß die Rechte aller Pfandgläubiger gehörig berücksich tigt sind[320]), so ist derselbe im Falle einer Concurrenz solcher Gläubiger immer mit einer concursmäßigen Behandlung verbunden, welche dann aber nicht nothwendig einen eigentlichen oder Universalconcurs erfordert, sondern auch in einem sogen. Particularconcurse bewerkstelligt werden kann, wie dieß namentlich dann eintritt, wenn der Schuldner Forense ist. — Ist ein Anderer in das Recht des Verpfänders eingetreten und ebenfalls in seine Verpflichtung gegen die Pfandgläubiger, so wird er

---

314) Württemb. Executionsgesetz v. 15. April 1832 Art. 31. Namentlich in Holstein pflegt der Verkauf von Immobilien wegen hypothekarischer Forderungen fast nur einzutreten, nachdem der Schuldner in Mobilien nicht pfändbar befunden und seine Insolvenz declarirt worden.

315) Vgl. preuß. Landr. I. Tit. 20, §. 28. Württemb. Executionsgesetz a. a. O.

316) So wurde in Lübeck, nachdem die Aufforderung an den Eigenthümer und die übrigen Pfandgläubiger zur Entsetzung in gewisser Frist vergeblich geblieben, dem verfolgenden Pfandgläubiger das Grundstück zugeschrieben, und darauf die Subhastation erkannt. Dreyer, Einleit. in die lübischen Verordnungen S. 378.

317) Mittermaier a. a. O. (Privatr.) §. 268.

318) Württemb. Pfandges. Art. 112. Weim. §. 155. Daß nach römischem Rechte ein nachstehender Pfandgläubiger gültig veräußern könne, läßt sich nicht darthun. Ueber die verschiedenen Meinungen und deren Vertheidiger s. Bopp, in Roßhirt's Zeitschr. I. S. 378 flg.

319) Z. B. bayer. Gerichtsordn. Cap. 18, §. 7, im Cod. jud. Bav. Württemb. Pfandges. Art. 129. Weim. §. 164.

320) Ueber Berücksichtigung vorgehender Rechte: Weim. Pfandges. §. 98, 99, 155.

natürlich nicht anders als jener behandelt, und befindet sich das Pfandgut in dem Besitze eines Dritten, der nicht in das Recht des Verpfänders getreten ist, so pflegt das Pfandgut durch eine Vindication zur Masse gezogen zu werden, und nur wenn eine solche nicht existirt, wird das Bedürfniß, von der hypothecaria actio Gebrauch zu machen, hier entstehen können. — Zum Gebrauche der römischen Pfandklagen wird demnach außer diesem Falle nur dann Veranlassung sein, wenn ein Anderer in das Recht, nicht aber in die Verbindlichkeit des Verpfänders eingetreten, also auch zu weiter nichts, als zur Herausgabe des Gutes gehalten ist; wie es bei Mobilien der regelmäßige Fall ist, bei denen aber auch der Grundsatz: Hand muß Hand wahren, dem Inhaber Schutz, so wie gegen jenes Verfahren, so auch gegen die römischen Pfandklagen, gewähren kann. — Der durch den gerichtlichen Verkauf eintretende Untergang der hypothekarischen Rechte kann aber nur diejenigen treffen, welche vermöge des dadurch ebenfalls veräußerten oder untergegangenen Rechtes des Bestellers begründet und von demselben abhängig sind, also wenn dieses blos ein dominium utile war, nicht die von dem dominus directus bestellten Pfandrechte[321]). Auch sonstige iura in re aliena, wie Servituten und die aus Reallasten entspringenden und die kraft ihrer bestellten Hypotheken, gehen dadurch nur dann unter, wenn ihr Stoff von denjenigen Hypotheken ergriffen wird, zu deren Realisirung die Veräußerung geschieht[322]). Der Anstellung einer hypothecaria actio bedarf es aber auch dann, wenn diese Rechte durch die Veräußerung untergehen und also ihren Inhabern durch dieselbe entzogen werden sollen, gegen diese nicht. Denn dieser Klage bedarf es überall nicht, um den hypothekarischen Gläubiger erst zu befugen, dasjenige, was seinem Rechte unterworfen ist, ungeachtet der Anderen daran zustehenden schwächeren Rechte, zu veräußern, sondern nur um das factische Hinderniß zu beseitigen, welches der Besitz des Gegenstandes selbst auf Seiten eines Anderen der Ausübung dieser Befugniß entgegensetzt. Dieser Besitz befindet sich aber nicht bei dem Inhaber eines ius in re aliena als solchem, und so pflegt denn dasselbe, oder sein Stoff, mit dem Gegenstande selbst, ohne Weiteres der concursmäßigen Behandlung unterworfen zu werden. — Wird aber der Stoff solcher Rechte nicht von Hypotheken der gedachten Art ergriffen, so kann selbst dann, wenn deren Anmeldung bei dem zum Verkauf führenden gerichtlichen Verfahren unterblieb, ohne besonderes Gesetz dieser Verkauf dieselben nicht vernichten[323]). Denn nur die Rechte der

321) Es sei denn, daß letzterer zur Verpfändung des Gutes seine Einwilligung gegeben hätte, wo das Pfandrecht als ein von ihm selbst bestelltes zu behandeln wäre.

322) Dieß tritt dann ein, wenn diese letzteren Hypotheken älter sind, als die Servituten oder Reallasten, oder wenn sie jüngere öffentliche sind, aber diese iura der zur Sicherung gegen sie erforderlichen Ingrossation ermangeln.

323) Die Inhaber dieser Rechte gehören zu den Vindicanten ex iure dominii. Und wenn es auch ziemlich allgemein üblich ist, diese ebenfalls zur Anmeldung ihrer Ansprüche im Concurse vorzuladen, und deren Präclusion für die schnellere Regulirung der Activmasse zweckmäßig ist (vgl. Bayer, Theorie

werden, daß bei Hypotheken an Immobilien die Dinglichkeit des Rech
und dessen Vorzug vor anderen sich erst beim Eintritte einer conc
mäßigen Behandlung in jeder Beziehung wirksam zeigt, indem For
rungsklage und hypothekarische Klage sich in jenem Verfahren so
einander vermischen, daß in demselben vor dem Zugriffe auf die verpfä
deten Grundstücke zuweilen eine Execution auf die nicht verpfände
Mobilien gerichtet werden kann[314]). Dem ursprünglichen Charakter d
Verfolgung des Pfandes als eines Executionsverfahrens ist es denn a
zuzuschreiben, daß die jetzt allgemein bestehende und auch in Particula
rechten[315]) ausdrücklich aufgestellte Regel entstanden ist, daß die Ve
äußerung verpfändeter Güter unter Auctorität des Gerichtes, es sei n
durch dieses selbst oder zufolge von demselben ertheilter Auctorisation a
Betreiben des Gläubigers[316]) vorgenommen werden muß, wodurch die
Beobachtung der für den römischen außergerichtlichen Verkauf vorgeschrie-
benen Denunciationen und Fristen hinwegfällt[317]). Der gerichtliche
Verkauf hat dann auch die Folge, daß der hypothekarische Gläubiger seine
Befriedigung, so weit der Erlös ausreicht oder erforderlich ist, durch das
Gericht erlangt, und da auch dem nachstehenden Pfandgläubiger das Recht,
zu jenem Verfahren zu schreiten, nicht abgesprochen werden kann[318]),
und die gerichtliche Veräußerung den Untergang aller hypothekarischen
Rechte an dem veräußerten Gegenstande zur Folge haben soll[319]), dieß
aber voraussetzt, daß die Rechte aller Pfandgläubiger gehörig berücksich-
tigt sind[320]), so ist derselbe im Falle einer Concurrenz solcher Gläubiger
immer mit einer concursmäßigen Behandlung verbunden, welche dann
aber nicht nothwendig einen eigentlichen oder Universalconcurs erfordert,
sondern auch in einem sogen. Particularconcurse bewerkstelligt werden
kann, wie dieß namentlich dann eintritt, wenn der Schuldner Forense
ist. — Ist ein Anderer in das Recht des Verpfänders eingetreten und
ebenfalls in seine Verpflichtung gegen die Pfandgläubiger, so wird er

---

314) Württemb. Executionsgesetz v. 15. April 1832 Art. 32. Namentlich in Holstein pflegt der Verkauf von Immobilien wegen hypothekarischer Forderungen fast nur einzutreten, nachdem der Schuldner in Mobilien nicht pfändbar befunden und seine Insolvenz declarirt worden.

315) Vgl. preuß. Landr. I. Tit. 20, §. 28. Württemb. Executionsgesetz a. a. O.

316) So wurde in Lübeck, nachdem die Aufforderung an den Eigenthümer und die übrigen Pfandgläubiger zur Entsetzung in gewisser Frist vergeblich geblieben, dem verfolgenden Pfandgläubiger das Grundstück zugeschrieben, und darauf die Subhastation erkannt. Dreyer, Einleit. in die lübischen Verordnungen S. 378.

317) Mittermaier a. a. O. (Privatr.) §. 268.

318) Württemb. Pfandges. Art. 112. Weim. §. 155. Daß nach römischem Rechte ein nachstehender Pfandgläubiger gültig veräußern könne, läßt sich nicht darthun. Ueber die verschiedenen Meinungen und deren Vertheidiger s. Bopp, in Roßhirt's Zeitschr. I. S. 378 flg.

319) J. B. bayer. Gerichtsordn. Cap. 18, §. 7, im Cod. iud. Bav. Württemb. Pfandges. Art. 129. Weim. §. 164.

320) Ueber Berücksichtigung vorgehender Rechte: Weim. Pfandges. §. 98, 99, 155.

natürlich nicht anders als jener behandelt, und befindet sich das Pfandgut in dem Besitze eines Dritten, der nicht in das Recht des Verpfänders getreten ist, so pflegt das Pfandgut durch eine Vindication zur Masse gezogen zu werden, und nur wenn eine solche nicht existirt, wird das Bedürfniß, von der hypothecaria actio Gebrauch zu machen, hier entstehen können. — Zum Gebrauche der römischen Pfandklagen wird demnach außer diesem Falle nur dann Veranlassung sein, wenn ein Anderer in das Recht, nicht aber in die Verbindlichkeit des Verpfänders eingetreten, also auch zu weiter nichts, als zur Herausgabe des Gutes gehalten ist; wie es bei Mobilien der regelmäßige Fall ist, bei denen aber auch der Grundsatz: Hand muß Hand wahren, dem Inhaber Schutz, so wie gegen jenes Verfahren, so auch gegen die römischen Pfandklagen, gewähren kann. — Der durch den gerichtlichen Verkauf eintretende Untergang der hypothekarischen Rechte kann aber nur diejenigen treffen, welche vermöge des dadurch ebenfalls veräußerten oder untergegangenen Rechtes des Bestellers begründet und von demselben abhängig sind, also wenn dieses blos ein dominium utile war, nicht die von dem dominus directus bestellten Pfandrechte[321]). Auch sonstige iura in re aliena, wie Servituten und die aus Reallasten entspringenden und die kraft ihrer bestellten Hypotheken, gehen dadurch nur dann unter, wenn ihr Stoff von denjenigen Hypotheken ergriffen wird, zu deren Realisirung die Veräußerung geschieht[322]). Der Anstellung einer hypothecaria actio bedarf es aber auch dann, wenn diese Rechte durch die Veräußerung untergehen und also ihren Inhabern durch dieselbe entzogen werden sollen, gegen diese nicht. Denn dieser Klage bedarf es überall nicht, um den hypothekarischen Gläubiger erst zu befugen, dasjenige, was seinem Rechte unterworfen ist, ungeachtet der Anderen daran zustehenden schwächeren Rechte, zu veräußern, sondern nur um das factische Hinderniß zu beseitigen, welches der Besitz des Gegenstandes selbst auf Seiten eines Anderen der Ausübung dieser Befugniß entgegensetzt. Dieser Besitz befindet sich aber nicht bei dem Inhaber eines ius in re aliena als solchem, und so pflegt denn dasselbe, oder sein Stoff, mit dem Gegenstande selbst, ohne Weiteres der concursmäßigen Behandlung unterworfen zu werden. — Wird aber der Stoff solcher Rechte nicht von Hypotheken der gedachten Art ergriffen, so kann selbst dann, wenn deren Anmeldung bei dem zum Verkauf führenden gerichtlichen Verfahren unterblieb, ohne besonderes Gesetz dieser Verkauf dieselben nicht vernichten[323]). Denn nur die Rechte der

---

321) Es sei denn, daß letzterer zur Verpfändung des Gutes seine Einwilligung gegeben hätte, wo das Pfandrecht als ein von ihm selbst bestelltes zu behandeln wäre.

322) Dieß tritt dann ein, wenn diese letzteren Hypotheken älter sind, als die Servituten oder Reallasten, oder wenn sie jüngere öffentliche sind, aber diese iura der zur Sicherung gegen sie erforderlichen Ingrossation ermangeln.

323) Die Inhaber dieser Rechte gehören zu den Vindicanten ex iure dominii. Und wenn es auch ziemlich allgemein üblich ist, diese ebenfalls zur Anmeldung ihrer Ansprüche im Concurse vorzuladen, und deren Präclusion für die schnellere Regulirung der Activmasse zweckmäßig ist (vgl. Bayer, Theorie

Inhaber von Hypotheken der gedachten Art können das veräußernde Gericht befugen, jenen Stoff als Bestandtheil des zu veräußernden Gutes zu behandeln und dem Käufer ein von jenen Rechten freies Eigenthum zu geben, wenn sie ihn auch in die quasi possessio libertatis nicht setzen können, so lange die Inhaber dieser Rechte in deren quasi possessio sich befinden. Vielmehr muß der Käufer, nachdem durch den Uebergang des Eigenthums auf ihn diese Rechte untergegangen sind, sich jene quasi possessio libertatis mit der negatoria actio erringen. Wie übrigens das veräußernde Gericht die Veräußerung zu bewerkstelligen hat, wenn es noch zweifelhaft ist, ob es zur Befriedigung der in gedachter Art berechtigten hypothekarischen Gläubiger erforderlich sei, jene iura in re aliena anzugreifen, gehört dem Concursverfahren an[324]). Ferner versteht es sich von selbst, daß derjenige, welcher eine Hypothek nur vermöge eines dem Verpfänder zuständigen ius in re aliena erworben hat, nie durch Veräußerung des Gegenstandes selbst, sondern nur durch Veräußerung dieses Rechtes oder dessen Ausübung[325]), seine Befriedigung suchen kann. Auch im Falle eines eigentlichen Concurses pflegt die Veräußerung der außerhalb des Bezirkes des Concursgerichtes belegenen Immobilien durch das Gericht des Ortes der Belegenheit zu geschehen, welches zuweilen auch die Vertheilung des Erlöses an die hypothekarischen Gläubiger übernimmt, wodurch sich demnach ein eigener Particularconcurs bildet[326]). Separatmassen über jeden einzelnen verpfändeten Gegenstand entstehen im Concurse dann, wenn einer oder einige von mehreren, welche für dieselbe Forderung verpfändet sind, wiederum für mehrere hypothekarische Forderungen haften; in welchem Falle diejenige Forderung, der die mehreren Gegenstände verhaftet sind, bei jeder Masse nach Verhältniß desjenigen Betrages derselben, der ihr nach der Befriedigung vorgehender Gläubiger noch verbleibt, zu lociren ist[327]). Diese Vertheilung soll aber keineswegs den Inhaber dieser Forderung mit den dadurch gebildeten Theilen derselben resp. an die verschiedenen Separatmassen verweisen, was unzulässig wäre, weil ihm alle Massen ganz für die ganze Forderung, so weit es zur Deckung derselben erforderlich ist, haften; weshalb dem

---

des Concursproz. §. 49; Schweppe, Syst. des Conc. §. 113, Nr. 5; Puchta, über den Concursproz. §. 156 a. E.), so mangelt es doch an einem Rechtsgrunde für dieselbe.

324) Das Mittel ist ein alternativer bedingter Verkauf, entweder mit oder ohne Aufrechthaltung dieser Rechte durch Vorbehalt (vgl. weim. Pfandges. §. 167), je nachdem sie bestehen bleiben können oder nicht.

325) Z. B. durch Verpachtung des verpfändeten Ususfructs, des ohne Zustimmung des Lehnsherrn verpfändeten Lehnguts.

326) Hennings, das Concursverf. in Holstein S. 19. Scholz, Concursr. in Schleswig S. 38.

327) Preuß. Gerichtsordn. Th. 1, Tit. 50, §. 21. Z. B. A. hat eine Forderung von 6000, und dafür ein Pfandrecht auf X., Y. und Z. Nachdem ihm vorgehende Gläubiger befriedigt sind, betragen die Separatmassen: X. 3000, Y. 3000, Z. 1000. Er wird locirt bei X. mit 3/7, bei Y. mit 3/7 und bei Z. mit 1/7 seiner Forderung, und es verbleiben nur noch die Massenbestände: X. 3 × 142 6/7, Y. 3 × 142 6/7 und Z. 1 × 142 6/7.

auch, sobald die Reihe an ihn kommt, alle diese Separatmassen in eine einzige zusammenfließen müssen und sich erst dann wieder sondern können, wenn nach seiner Befriedigung von der vereinten Masse noch ein Ueberschuß bleibt. Sondern sie soll vielmehr nur dazu dienen, zu bestimmen, wie viel von diesem Ueberschusse bei dieser Trennung jeder Separatmasse wiederum zufällt[328]). Dafür gibt die Natur der Sache die Regel an die Hand, daß jede Separatmasse verhältnißmäßig eben so viel hiervon zurückempfangen muß, als sie zu der vereinten Masse contribuirt hat; und diese Regel wird durch die gedachte Location in einer der im Concurse üblichen Manipulation entsprechenden Form verwirklicht[329]). Andere Vertheilungsarten, welche man aufgestellt hat, weichen davon bald darin ab, daß sie in ihrer Fassung für den Fall, wo der Betrag der vereinten Massen nach der Befriedigung des Inhabers der Gesammthypothek, wenn sie aus jeder Masse ganz beschafft würde, dennoch einen Ueberrest ließe, zu einem unrichtigen Resultate führen[330]); bald nach der Befriedigung desselben die vereinte Masse nicht wieder in die Separatmassen zerlegen, und die Nachhypotheken, welche an ihre resp. Separatmassen zu verweisen wären, entweder nach der Priorität[331]), oder pro

---

328) Daher kann man auch nicht mit Gujet, im Arch. für civ. Prax. XVIII. S. 378, gegen diese sogen. Societätstheorie einwenden, daß sie der Solidarität der Gesammthypothek widerstreite.

329) Denn im Beispiele der Note 327 beträgt die vereinte Masse 7000; davon erhält A. 6000, und es bleiben also 1000 übrig. Die Separatmassen haben zur vereinten Masse contribuirt: X. $\frac{3}{7}$, Y. $\frac{3}{7}$, Z. $\frac{1}{7}$. Gleiche Quoten fallen ihnen auch von dem Ueberreste zu, also an X. $3 \times 142\frac{6}{7}$, an Y. $3 \times 142\frac{6}{7}$, an Z. $1 \times 142\frac{6}{7}$.

330) So die von Gujet a. a. O. aufgestellte, welche einzig und allein darin von der von ihm verworfenen Societätstheorie abweicht. Denn nach ihm ist dem Inhaber der Gesammthypothek von jeder Masse so viel zu kürzen, als nach dem Verhältniß der Größe der auf seine ganze Forderung (von 6000 im obigen Beispiele) fallenden Summen, der Tilgungssummen (von 7000 im ob. Beisp.), der ganze Betrag der mehreren Separatmassen (7000 im ob. Beisp.) den Betrag seiner ganzen Forderung übersteigt (um 1000 im ob. Beisp.). Im obigen Beispiele führt dieß nun zu demselben Resultate, welches sich Note 327 und 329 gezeigt hat. Von 7000 ist $\frac{1}{7}$, von jedem 1000 mit $\frac{1}{7}$, also mit $142\frac{6}{7}$ abzuziehen. Denn hier sind Tilgungs- und Massesummen gleich. Anders wenn sie verschieden wären, was nur so eintreten kann, daß die letzteren mehr betragen, also X. und Y. jede 6000, Z. 7000, zusammen = 19,000, während die Tilgungssummen nur $3 \times 6000 = 18,000$ ausmachen. Hier würden ihm nur $\frac{3}{19}$ von 19,000 gekürzt werden, während er $\frac{3}{19}$ zu viel erhalten hat, wenn sämmtliche Massesummen als ihm anheimgefallen betrachtet werden. Man muß also statt Tilgungssummen nur Massesummen sagen, um ihn durch den Abzug von $\frac{3}{19}$ auf $\frac{6}{19}$ = 6000 zu reduciren und das Resultat mit dem der Societätstheorie in Einklang zu bringen.

331) Die sogen. Prioritätstheorie nach Gujet a. a. O., welche sich in der bayer. Prioritätsordn. v. 1. Juni 1822 §. 19, Zif. 2, und mit geringen Modificationen im württemb. Pfandges. Art. 98, 99 findet, und zu deren Anwendung auch das weim. Prioritätsges. §. 63—71 in den aufgestellten Vorschriften und Beispielen gelangt, aber der Möglichkeit exorbitanter Resultate theilweise dadurch vorbeugt, daß keiner, der an nur einem oder einzelnen der Gegenstände ein Pfandrecht hat, nie mehr bekommt, als dessen oder deren ganzer Ertrag ausmacht, und daß keiner an dem Ertrage eines Gegenstandes, woran er kein

rata[332]) an der vereint gebliebenen Masse participiren lassen. Sie las sich aber eben so wenig rechtfertigen, als die Ansicht, nach welcher Inhaber der Gesammthypothek die Wahl zwischen den mehreren Separatmassen im Concurse haben soll[333]), weil er keineswegs ein Theilnehmer an diesen, sondern nur ein Theilnehmer an der vereinten Masse ist[334] und ebendaher hat es keinen Grund, ihn zunächst an die Separatmasse zu verweisen, welche aus dem Erlöse desjenigen Gegenstandes gebildet ist, an dem er die erste Hypothek hat, und ihn bei den übrigen, wo er nur mit einer Nachhypothek concurrirt, in subsidium zuzulassen, wie man zuweilen will[335]). Denn die Separatmassen sind nicht seinetwegen, sondern zum Zwecke der Vertheilung unter den übrigen Gläubigern gebildet, auf welche ihm überall kein Einfluß gestattet sein kann.

An einer Monographie, welche das teutsche Hypothekenwesen als eine gemeinrechtliche Theorie behandelte, fehlt es noch. Doch gibt Mittermaier in seinen Grundsätzen des teutschen Privatrechtes §. 260 flg. eine reichhaltige compendiarische Darstellung desselben mit Berücksichtigung und Nachweisung der Particulargesetze und deren Literatur. Uebrigens enthalten die Particulargesetze, namentlich die für Bayern und Würtemberg und ganz insbesondere die für Weimar, sowohl für die Manipulation des Hypothekengeschäftes der Behörden, als auch in Beziehung auf die besondere Gestaltung mancher Rechtsverhältnisse und Rechtsansichten in diesen Ländern oder in der Auffassungsweise der Urheber dieser Gesetze detaillirte Bestimmungen, die in einer allgemeinen Theorie nicht in gleicher Weise ausgeführt werden können.

Brackenhoeft.

Jagdrecht, Jagdgerechtigkeit[1]) heißt die Befugniß, in einem gewissen Districte (Reviere) das Wild zu hegen, weidmännisch zu verfolgen, zu tödten und zu fangen.

Pfandrecht hat, eher Antheil nimmt, als bis diejenigen, denen ein Pfandrecht daran zusteht, vollkommen befriedigt (womit aber ein ungebührlicher Vorzug vor Anderen, welche ebenfalls kein Pfandrecht daran haben, noch nicht ausgeschlossen ist).

332) Mayer, Comment. zum württemb. Pfandges. II. S. 85 flg.

333) S. darüber Süjet a. a. O. S. 372 flg.

334) Denn der Concurs hat alle Gegenstände, von denen jeder einzelne ganz für seine ganze Forderung haftete, zu einer einzigen Masse vereinigt, und die Separationen sind nur Mittel zur richtigen Vertheilung. Daher steht hier die Sache anders, als außer dem Concurse. Vgl. oben Note 152.

335) S. darüber Süjet a. a. O.

1) Jo. Guil. de Göbel, de iure venandi. Helmst. 1717. Chr. Gottl. Riccius, Entwurf von der in Teutschland üblichen Jagdgerechtigkeit. Nürnberg 1736. 4., verm. Frankf. 1772. 8. Sim. Fr. Hahn, histor. jurist. Anführung vom Jagd- und Forstrechte, in Pistorii amoenit. iuris Th. 6. S. 1459—1524. Joh. Ernst v. Beust, von der Jagd- und Wildbahngerechtigkeit. Jena 1744. 4. And. Fl. Rivinus, de iure venandi in alieno fundo. Lips. 1745. Joh. Ad. v. Ickstadt, Abhandlungen von den Jagdrechten. Nürnberg 1749. Fr. Ulr. Risser, Forst- und Jagdhistorie der Teutschen, verm. von H. G. Franken. Leipzig 1754. 8. Joh. Gottl. Pietsch, Versuch eines Entwurfes der Grundsätze des Forst- und Jagdrechts.

Die Römer rechneten die wilden Thiere des Feldes und des Waldes zu den von Natur herrenlosen Sachen, deren Jedermann sich bemächtigen konnte[2]). So wurde es ursprünglich auch in Teutschland gehalten. Die Jagd wurde von den einzelnen Volksstämmen, welche ihre Ländereien gemeinschaftlich besaßen, als ein Recht, das jedem Freigebornen zustand, gemeinschaftlich betrieben. So wie aber nach der Völkerwanderung unter den Teutschen Privateigenthum an Grund und Boden entstand, so sah man die Jagd als Zubehör desselben an. Schon die alten Volksgesetze erklärten Eingriffe Dritter in dieses Recht der Grundeigenthümer für strafbar[3]). Keine anderen Begriffe herrschten auch im Mittelalter. In den weiten Wäldern Teutschlands hatte jeder freie Mann so wie auf seinem Eigenthume das Jagdrecht, nur daß mehrere dieser Waldungen von den Königen zu Bannforsten, die Niemand, ohne in die Strafe des Bannes zu fallen, betreten durfte[4]), erklärt, die noch nicht occupirten größeren Forsten aber in den Districten des Reiches mit ihren Nutzungen zu den Rechten des Kaisers gerechnet wurden[5]). An Orten, wo Andere die Jagdgerechtigkeit hergebracht hatten, durften die Kaiser keinen Wildbann anlegen. Sollte dieß geschehen, so mußte dazu die Einwilligung der Grundeigenthümer eingeholt werden[6]). Den kaiserlichen Forstbeamten war ausdrücklich verboten, zum Nachtheile der Privateigenthümer die bestehenden Wildbahnen auszudehnen[7]). Die großen Dynasten übten in ihren Districten die nämlichen Rechte aus, ohne jedoch den freigebornen Gutsbesitzern ihre Waldungen und Jagden streitig zu machen. Die Jagd wurde als eine Pertinenz des königlichen, stiftischen, adeligen oder städtischen Gutes angesehen und von den Besitzern dieser Güter zugleich auf den Gütern der Unterthanen ausgeübt; denn den

---

Leipzig 1779. 8. G. M. Schilling, Lehrb. des gemeinen in Teutschl. geltenden Forst- und Jagdrechtes. Leipzig 1821. 8. Stieglitz, diss. de iure venat. exerc. in German. usque ad saec. XVI. Lips. 1828. Dessen geschichtl. Darstellung der Eigenthumsverhältnisse an Wald und Jagd. Leipzig 1832. 8.

2) L. 1. §. 1 u. 3. L. 3. pr. u. §. 1. D. de adqu. rer. dom. (41. 1.)

3) Leg. Salic. tit. 36. §. 1. Leg. Ripuar. tit. 42. §. 1. Leg. Wisi-Gothic. l. VIII. §. 22. — Riccius a. a. O. §. 9.

4) Leg. Longob. lib. XXII. de venationibus. c. V. Leg. Burgund. lib. XXII. Carol. M. in cap. de villis et curtis imp. §. 36. apud Baluz. tom. I. p. 336. Capit. Caroli Calvi. Tit. LIII. cap. 32. 33. Goldast, const. Imp. Tom. III. p. 312. — Sachsenspiegel B. II, Art. 61. Schwäb. Landr. Cap. 237.

5) J. A. Kopp, gründlicher Bericht von dem uralten Reichskönigsforst zu Dreyeichen. Offenbach 1736. Fol. J. C. Buri, behauptete Vorrechte der alten königl. Bannforsten, insbesondere des reichslehnbaren Wildbannes zu der Dreyeich. Büdingen 1742. Fol. C. G. Biener, de natura et indole dominii in territoriis germ. §. 24.

6) Schaten, annal. Paderbornens. P. I. p. 555. Möser, Osnabr. Gesch. Th. 1, Anh. Nr. 2. Posse, über das Staatseigenthum S. 52 flg. Riccius a. a. O. §. 17. G. M. Weber, Handb. des in Teutschl. üblichen Lehnr. Th. 2, §. 67, S. 262 flg.

7) Capitulare ad an. 805. cap. 39. u. ad an. 819. cap. 22.

Knechten und Bauern war das Tragen der Waffen und das Jagen verboten[8]).

Erst im sechzehnten Jahrhunderte kam die Idee von der Regalität der Jagd auf. Am meisten trug zu Ausbildung dieser Ansicht die Theorie der Juristen vom Staatseigenthume der herrenlosen Sachen bei. Andere Gründe zu der Behauptung, daß Niemand die Jagd als nur mittelst Verleihung des Landesherrn besitzen könne, wurden aus der Politik und dem allgemeinen Staatsrechte hergenommen. Die schwächsten waren die, welche man aus der Geschichte und der alten Verfassung herleitete[9]). Indessen so sehr die Juristen des sechzehnten Jahrhunderts dieser Lehre auch anhingen, so fand sie doch nicht überall gleiche politische Geltung, obgleich die Fürsten, in deren Interesse es freilich lag, den alten Grundsatz, nach welchem die Jagd aus dem Eigenthumsrechte hergeleitet wurde, zu verlassen, die regalistischen Bemühungen der Juristen mit aller Kraft unterstützten. Die Händel, die daraus entstanden, wurden in einigen Landen durch besondere Landesverträge beigelegt[10]). Wo aber die Landeshoheit noch nicht so stark ausgebildet war, mußten die Stände im Besitze der Jagd ausdrücklich oder stillschweigend bestätigt werden[11]). In vielen Territorien gelang es jedoch den Landesherren, mit ihrer Behauptung durchzubringen und aus der Jagd ein Regal zu machen[12]).

Das Jagdregal ist mithin keineswegs gemeinrechtlich, sondern steht nur particularrechtlich da. Wo keine besonderen Entscheidungsnormen vorhanden sind, da muß nach altem Herkommen die Jagd noch jetzt als Zubehör des Grundeigenthums betrachtet werden[13]). — Wo aber die Jagd regal ist, kann das Recht des Landesherrn nur durch Verleihung oder durch unvordenkliche Verjährung auf die Unter-

---

8) Const. Friderici I. II. F. 27. §. 5. Riccius a. a. O. Cap. I, §. 35.

9) Jer. C. Linck, de iure venandi regalibus iuste adscripto. Arg. 1722. J. P. de Ludewig, diss. iur. rom. et germ. in venatu eiusque regali. Halae 1730. J. A. Ickstadt, de eo quod iure publ. univ. et particulari J. R. G. circa venationes iuris est. Wirceb. 1737. J. V. de Cramer, vindiciae regalis iuris venandi. Marb. 1740. und in den Wetzl. Nebenst. Th. 69, S. 28. J. A. Georg, inst. iur. forest. specimen diplom. polit. iuridicum. Francof. ad Moen. 1802. 8. Man s. auch Fritsch, corpus iur. venat. p. 115—218. Gegen die Regalität: C. L. Bilderbeck, Deduction geg. die vermeintl. Regalität der Jagden und daraus hergeleitete irrige Deduction und Folgen. Celle 1723, 1773. Fol. Dav. Ge. Struben, vindiciae iur. venandi nobil. German. Brunsvigae 1739. 4. Derselbe, des teutschen Adels Jagdgerechtigkeit, in den Nebenst. Th. 1, Nr. 2, S. 148—240, und Th. 2, Nr. 11, S. 487—548.

10) M. s. Moser, von der Landeshoheit im Weltl. Th. 9, S. 78—129. Fr. Chr. Jon. Fischer, Kameral- und Polizeirechte §. 1311, S. 850.

11) Riccius a. a. O. Cap. I, §. 23.

12) Z. B. in Sachsen s. Decision 4 v. J. 1746, über welche zu vergleichen H. G. Bauer, kurf. sächs. Decisionen Th. 1, S. 84 flg. und Gottschalk, analecta c. 3. p. 41.

13) Runde, teutsch. Privatr. §. 153. Maurenbrecher, gem. teutsch. Recht §. 223.

chanen übergehen. Die Vor- und Mitjagd[14]) in den Revieren der Landsassen steht jedoch dem Landesherrn nur zu, wo sie verfassungsmäßig oder durch besonderen Vorbehalt begründet ist.

Die Eintheilung der Jagd in die hohe, mittlere und niedere schreibt sich aus den Streitigkeiten her, in welche seit dem 16. Jahrh. die Landesherren mit den Jagdberechtigten geriethen[15]). Es ist zwar schon in älteren Urkunden von einer „venatio ad magnam bestiam," auch wohl mit Bestimmung einer einzelnen Thiergattung, die Rede, allein keineswegs in dem juristischen Sinne, in welchem später die Terminologie aufkam[16]). Die Eintheilung ward von dem Unterschiede der mehr und minder bedeutenden Thiere hergenommen. Man eignete die hohe Jagd[17]) als Regal dem Landesherrn zu und überließ blos die niedere Jagd[18]) den adeligen Gutsbesitzern. Die Abstufungen, die in dieser Beziehung nach Verschiedenheit des Wildes gemacht worden sind, beruhen lediglich auf positiven Bestimmungen und sind nicht überall gleich[19]). In einigen Jagdordnungen rechnet man Thiere zur hohen Jagd, welche man in anderen zur mittleren oder niederen Jagd rechnet. Wo man keine mittlere Jagd kennt, da werden Schweine und Rehe, die man gewöhnlich zu dieser Classe zählt, noch zur hohen Jagd, das übrige Wild zur niederen Jagd gerechnet[20]).

Im allgemeinen lassen sich nur folgende rechtliche Grundsätze in Bezug auf diese verschiedenen Abstufungen der Jagd aufstellen: 1) Ist die

14) J. F. Schneider, de iure praeventionis circa venationem. Halae 1715. J. V. de Cramer, de iure prae- et convenandi superioritati territoriali non annexo, in opusc. Tom. 3. nr. 2. p. 11. v. Rohr, Haushaltungsr. Bd. 7, Cap. 9, S. 1074 flg.

15) J. J. Reinhard, Anm. zu der Frage: ob die Eintheilung der Jagden in hohe und niedere alt oder neu sei? in Schott's jurist. Wochenbl. Th. 1, S. 324 (Nr. 16 v. 1772). Risser a. a. O. S. 285.

16) Riccius a. a. O. Cap. IV, §. 1 u. 2. Weber a. a. O. S. 278 flg.

17) J. J. Schöpfer, de venatione superiori. Rost. 1702. Pufendorf, obs. iur. univ. Tom. IV. obs. 270.

18) Pufendorf l. c. Tom. I. obs. 228. Tom. II. obs. 50.

19) Riccius a. a. O. Cap. IV, §. 3 flg. In Sachsen gehören nach dem Mand. v. 8. Nov. 1717 (Cod. Aug. II. 611.) 1) zur hohen Jagd: Bäre, Bärinnen, junge Bäre, Hirsche, Stücken Wild, Wildskälber, Tannhirsche, Tannwild, Tannwildskälber, Luchse, Schwanen, Trappen, Kraniche, Auerhähne, Auerhühner, Fasanhähne, Fasanhühner, Bocken; 2) zur mittlern: Rehböcke, Rehe, Rehkälber, hauende Schweine, angehende Schweine, Keyler, Bachen, Frischlinge, Wölfe, Birkhähne, Haselhühner, große Brachvögel; 3) zur niedern: Hasen, Füchse, Dachse, Biber, Teicher, Seemeben, Wasserhühner, Wasserschneppen, Fischottern, wilde Katzen, Eltthiere, Eichhörner, Wiesel, Hamster, Schneppen, Rebhühner, wilde Gänse, wilde Enten, Reiher, wilde Tauben, Kibitze, Wachteln, kleine Brachvögel, Ziemer, Schnärren, Amseln, Drosseln, Lerchen und andere kleine Vögel. Die jungen Thiere gehören mit den alten in eine Classe. Unter der hohen Jagd ist jedoch nicht das Recht, Fasanen zu hegen, begriffen. S. Mand. wegen Aussetzung und Hegung der Fasanen v. 7. März 1741 (u. C. A. I. 1495).

20) Marburger Beiträge zur Gelehrsamkeit St. 5, S. 96 flg. J. J. Reinhard, de iure forestali Germanor. Sect. 2. cap. 2. §. 9.

Jagd **bestimmt** verliehen, so bleibt es bei den in der Verleihung an gedrückten Bestimmungen; ein Schluß von der einen Jagdgattung a die andere ist nicht statthaft. Wenn daher ein Gutsbesitzer mit der hohe Jagd beliehen ist, so folgt daraus keineswegs, daß ihm eo ipso auch d mittlere und niedere Jagd zustehe. Das größere Recht begreift hier da kleinere nicht in sich, weil beide Rechte in keinem nothwendigen Zusam menhange stehen und getrennt sich denken lassen[21]). 2) Ist die Jag schlechtweg oder **unbestimmt** verliehen, so ist nach der Zeit, in welche die Beleihung geschehen, zu unterscheiden und darnach der Umfang des Jagdbefugnisses zu bestimmen. Fällt die Verleihung in die Zeit, wo der Unterschied zwischen der hohen und niedern Jagd als Regal unbekannt war, so ist dem Beliehenen die Jagd in aller Ausdehnung zuzusprechen[22]). Dagegen kann bei jüngeren Verleihungen in Ländern, wo der Unterschied hergebracht ist, unter der Jagd schlechtweg blos die **niedere** verstanden werden[23]). 3) Wo dagegen die Eintheilung nicht angenommen ist, da kann sie auch den Jagdberechtigten ohne ihre Zustimmung nicht aufgedrungen werden und bei der Unbestimmtheit der Grenzen dieser verschiedenen Abstufungen der Jagd hat in zweifelhaften Fällen jede Ausdehnung der höheren Jagd die rechtliche Vermuthung gegen sich[24]). Unabhängig von dem Grunde der Jagdgerechtigkeit und ihres Umfanges ist das staatsrechtliche Verhältniß, welches aus dem Aufsichtsrechte des Landesherrn in Betreff der Jagden entspringt[25]). Denn der Jagdberechtigte bleibt allezeit, auch da, wo die Jagd nicht regal geworden ist, den Hoheitsrechten des Landesherrn unterworfen. Der Inbegriff der in dieser Beziehung dem Landesherrn zustehenden Gerechtsame heißt die **Jagdhoheit** oder die **Jagdherrlichkeit** (**Wildbann**). In Folge dieser sind die Jagdberechtigten bei Ausübung ihrer Rechte an die Vorschriften der **Jagdordnungen**[26]) gebunden, wenn diese nicht blos auf die landesherrlichen

---

21) **Pietsch** a. a. O. §. 91.

22) **Runde** a. a. O. §. 154.

23) Die meisten Rechtslehrer behaupten, ohne auf diesen Unterschied Rücksicht zu nehmen, daß im Zweifel blos die niedere Jagd zu vermuthen sei. **Wernher** P. V. obs. 58. **Beck**, de iurisdict. forest. p. 27. 214. **Stryk**, Us. mod. Pand. lib. 41. tit. 1. §. 6. **Berger**, oecon. iur. lib. II. tit. 2. th. 8. nr. 3. **Schöpfer**, de venatione superiori cap. 2. §. 21. S. jedoch **Pietsch** a. a. O. §. 90 und **Weber**, Lehnr. a. a. O. S. 286.

24) **Pufendorf**, obs. iur. univ. Tom. IV. obs. 270. **Runde** a. a. O. §. 154.

25) **Fr. K. Hartig**, Forst- und Jagdstaatsrecht. Leipzig 1809. 8.

26) Die meisten Jagdordnungen sind mit den Forstordnungen verbunden. Verzeichnisse: **Gatterer**, neues Forstarchiv I. S. 200 flg. **Fritsch**, corpus iur. venatorii et forestalis. 1702. Fol. **Fr. D. F. Müllenkampf**, Sammlung der Forstordn. verschiedener Länder, 2 Thle., Mainz und Salzburg 1791 u. 96. 4. Für Sachsen: Cod. Aug. systemat. venatorio-forestalis, oder Jagd- und Forstr. nach kursächs. Ges. in systemat. Ordn. Leipzig 1797. 8. Für Baden: **Behlen** und **Laurop**, systemat. Sammlung der Forst- und Jagdgesetze der teutschen Bundesstaaten I. 1827. Für **Württemberg**: v. **Schmidlein**, Handb. der württemb. Forstges., 2 Thle. Stuttg. 1822 u. 23. v. **Behlen**, Handb. der Forstgesetzgebung für **Nassau**. 1828. **Döllinger**,

Jagden gehen, oder die Jagdberechtigten nicht durch Verträge oder Herkommen eine größere Freiheit erlangt haben[27]). Auf die Beobachtung der Jagdordnungen haben die landesherrlichen Jagdbeamten zu sehen und insoweit stehen die Jagdberechtigten unter der Controle der ersteren. Dieß gilt namentlich auch von der Hegezeit und dem Oeffnen der Jagden[28]). Um eine nachhaltige Jagdcultur zu erleichtern und dem Ausrotten des Wildes vorzubeugen, ist nämlich die Zeit, in welcher die Jagd getrieben werden kann, fast in jedem Lande, nach den verschiedenen Abstufungen des Jagdrechtes, besonders vorgeschrieben worden[29]). Diese ein= für allemal gesetzten Termine müssen von den Jagdberechtigten innegehalten werden[30]), auch kann der Landesherr, wenn es das landwirthschaftliche Interesse erheischt, in besonderen Fällen den Termin der Eröffnung der Jagd für einzelne Bezirke weiter hinausschieben. Von der Beobachtung der Hegezeit befreit jedoch nach einer beinahe allgemeinen Gewohnheit das Bedürfniß bei außerordentlichen Feierlichkeiten, wo dem Jagdherrn ein Stück Wildpret zu schießen erlaubt ist[31]). Die landesherrlichen Jagdbeamten haben auch darauf zu sehen, daß das Jagdrecht von dem Berechtigten auf keine unweidmännische Art betrieben und ausgeübt werde[32]). Gefährliche Fangarten, wodurch Menschen oder Thiere beschädigt werden können, als Fallen, Gruben und Selbstgeschosse, sind schon aus landespolizeilichen Rücksichten nicht gestattet.

Als ein Ausfluß der Jagdherrlichkeit ist endlich auch in Ländern, wo für die Forst= und Jagdsachen besondere Gerichte bestehen, die landesherrliche Jagdgerichtsbarkeit[33]) anzusehen. Von allen Zeiten her wurden in Teutschland die Forst= und Jagdsachen nicht von den ordentlichen Gerichten, sondern von außerordentlichen, ausdrücklich dazu bestellten

---

königl. bayer'sche Forstges. München 1831. Das neueste Gesetz dieser Art ist das preuß. Jagdgesetz für das linke Rheinufer vom 27. April 1830 und die bayer'sche Forstinstruction v. 30. Juni 1830.

27) S. Fr. v. Berg, Handb. des teutsch. Polizeir. Th. 3, S. 377.

28) Westphal, teutsches Privatr. II. Nr. 56, S. 227.

29) Die particularen Vorschriften sind nicht gleich. Gewöhnlich ist die Jagd von dem 1. März bis Bartholomäi zu treiben verboten. Raubthiere und streichende Vögel können jedoch nach vielen Jagdordnungen zu allen Zeiten gejagt werden. Für Sachsen: Mand. wegen der Jagdzeiten v. 20. Sept. 1702 und Befehl v. 5. Juli 1712 (C. A. II. 599 u. 603). M. s. auch R. F. de Sahme, de venatione tempore foeturae ferarum prohibita. 1743. 4. Die Zeit wird von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet, Fischer, Kameral= und Polizeir. §. 1330.

30) Spangenberg, de usu et abusu venationum §. 8. Estor Th. I, §. 4545.

31) Beyer, delin. iur. German. l. 2. c. 2. §. 21. Fischer a. a. O. §. 1330. v. Berg a. a. O. S. 378. Runde a. a. O. §. 156. Anderer Mein. Pietsch a. a. O. §. 103.

32) Alle Jagd= und Waidwerksordnungen enthalten hierüber Vorschriften. S. Fischer a. a. O. §. 1338, Nr. 1, S. 869.

33) J. J. Beck, tr. de iurisdictione forestali. Norimb. 1733. 4. J. J. Reinhard, tract. succinct. de iure forestali German. Sect. 2. Schilling a. a. O. §. 336—51.

Forstgerichten entschieden[34]). Das Recht, in Jagdsachen eine Gerichtsbarkeit und eine Strafgewalt auszuüben, hieß im Mittelalter der Wildbann (bannum ferinum dominicale s. forestale) und mußte von der Landeshoheit besonders empfangen werden[35]). Den Forstgerichten war bald mehr oder weniger Gewalt beigelegt. Zu ihrer Competenz gehörten nicht blos eigentliche Forst- und Jagdsachen, sondern nicht selten waren ihnen auch die landesherrlichen Forst- und Jagdbedienten für ihre Person unterworfen. Dieser privilegirte Gerichtsstand ist jedoch heutzutage fast überall aufgehoben worden, auch wo man für die Bestrafung der Forst- und Jagdfrevel besondere unter Zuziehung landesherrlicher Forst- und Jagddiener gebildete Gerichte beizubehalten für zweckmäßig erachtet hat (Forstrügengerichte). Was die privatrechtlichen Verhältnisse der Jagdberechtigten anbelangt, so werden deren Rechte durch eine doppelte Grenze bestimmt, nämlich a) nach innen durch den Umfang der Verleihung und b) nach außen durch die Grenze des Reviers[36]). Eingeschränkt kann das Jagdrecht auf mancherlei Art sein, nicht blos in Ansehung einer gewissen Art des Wildes (hohe, mittlere und niedere Jagd), sondern auch in Art der Ausübung, wenn der Berechtigte nur mit gewissen Geräthschaften (stille und Klapperjagd)[37]) oder nur in eigener

---

34) Risser's Forst- und Jagdhistorie der Teutschen Cap. 10, §. 17, S. 470.

35) Schaten, annal. Paderborn. Tom. I. p. 921. Orig. Guelf. Tom. III. p. 757. Ern. Fr. Schroeter, de banno ferino eiusq. iure. Jen. 1670. 4.

36) Maurenbrecher a. a. O. §. 226. Der Ort, innerhalb dessen das Jagdrecht zusteht, wird auch mit dem Namen Wildbahn bezeichnet. C. J. J. Beck, von der forstl. Obrigkeit, Forstger. und Wildbahn (Frankf. und Leipz. 1748), I. §. 3 flg. und Zus. S. 565. K. A. Weiske, Archiv für pract. Rechtsk. I. 10. S. 90. —. Unter Wildfuhre versteht man die Jagdgerechtigkeit, auch den Ort, innerhalb dessen sie ausgeübt wird. G. Eschenmayer, Staatsökonomie Th. I, §. 327. K. A. Weiske, Handb. des Landwirthschaftsr. §. 353, Nr. 1, S. 324. Die Wildbahn erstreckt sich bis an die Zäune der Gärten des Dorfes. Leyser, ius Georg. III. c. 7. v. Beust, ius venandi p. 75. Weiske a. a. O. §. 81, S. 77.

37) Klapper-, Klopf- oder Geschreijagd heißt sie, weil das Wild durch starkes Geräusch, durch Anschlagen an die Bäume und Büsche u. s. w. aus seinem Stande an einen gewissen Ort des Revieres gejagt und daselbst durch die auflauernden Jäger erschossen oder durch aufgestellte Jägergeräthschaften gefangen wird. S. G. Chr. Bastineller, de modo venandi vulgo dicto die Klapperjagd. Viteb. 1734. Risser, Forst- und Jagdhistorie Cap. VII, §. 62. Hagemann, Landwirthschaftsr. §. 204. Kind, quaest. for. tom. II. qu. 50. — Wenn die Jagd ohne Geräusch und lautes Zusammentreiben, auch ohne Schießen mit Büchsen oder Flinten und Jagen mit Hunden, blos mit Netzen, Schlingen, Fallen und anderen Instrumenten, oder mit Reigern, Habichten und Falken getrieben wird, so nennt man dieß die stille Jagd. Riccius a. a. O. Cap. 7, §. 1. — Wenn man die Jagd mit Schießen exercirt, ohne daß jedoch das Wild durch Klappern vor die Flinten getrieben wird, so ist dieß zwar keine Klapperjagd, aber auch keine stille Jagd zu nennen. Pietsch a. a. O. §. 96, S. 130. — Der zur Mittel- und Niederjagd Berechtigte darf an den Orten, wo das hohe Wild sich aufzuhalten pflegt, in der Regel der Klapperjagd sich nicht bedienen, wie auch umgekehrt derjenige, welchem die hohe Jagd zusteht, die Klapperjagd in solchen Gegenden, wo sich

Person oder nur innerhalb eines gewissen Zeit die Jagd betreiben darf. Die Beschränkungen, die bei den sogen. Gnadenjagden[38]) stattfinden, müssen in jedem einzelnen Falle nach dem Inhalte der Concessionen beurtheilt werden[39]).

Die Ausübung des Jagdrechtes ist in der Regel auf den eigenen Grund und Boden jedes Jagdberechtigten beschränkt. Wer auf fremden Grundstücken mit Ausschluß der Eigenthümer die Jagd auszuüben berechtigt ist[40]), was stets erwiesen werden muß[41]), der kann seine Jagdgerechtigkeit nicht anders als unbeschadet der Eigenthumsrechte dieser Grundstücksbesitzer ausüben. Dahingegen muß auch das Eigenthumsrecht unbeschadet der Jagdgerechtigkeit des anderen ausgeübt werden. Der Waldeigenthümer muß daher dem Wilde die gehörige Nahrung lassen und darf den Wald nicht zu sehr auslichten[42]), auch sind Störungen der Jagd, z. B. durch Wildzäune, den Grundeigenthümern nicht gestattet[43]). Da aber die Jagdgerechtigkeit neben dem Eigenthume nur das

---

das mittlere und kleinere Wild aufhält, unterlassen muß. Bastineller l. c. §. 11. 12 u. 13. — Bei Koppeljagden ist der Berechtigte schon durch die Natur seines Rechtes von ausschließlichen Benutzungen der ganzen Jagd durch Klapper- und Treibjagden ausgeschlossen. Maurenbrecher a. a. O. §. 226. Daß aber derjenige, welchem die Jagd schlechterdings und uneingeschränkt, ohne die Art und Weise, dieselbe auszuüben, näher zu bestimmen, verstattet worden ist, nicht berechtigt sein soll, dieselbe mit Schießen oder Pürschen, sondern blos mit Netzen und Hunden zu treiben, ist billig zu bezweifeln. Diejenigen, welche dieß behaupten (cf. Paull. Matth. Wehner, observ. pract. voc. Forstrecht §. an autem qui ius habet p. 118. Carpzov, decis. P. III. dec. 287. Jo. Henr. Berger, oecon. iur. lib. 2. tit. 2. th. 8. not. 4. Ahasv. Fritsch, corp. iur. venatorio-forest. cons. XVIII. Leyser, ius georg. lib. III. cap. XII. nr. 28 u. 83.), haben sich streng an das Wort Jagen gehalten.

38) Revers- oder Gnadenjagd heißt, wenn Jemand die bloße Erlaubniß zu jagen erhalten hat, ohne dadurch ein selbstständiges Recht zu erwerben. Wenn solches Jemandem zur Verstärkung seines Dienstgehaltes gestattet wird, so nennt man es Bestand- oder Gnadenjagd. S. Pet. Müller, diss. de venatione precaria, von Gnadenjagden. Jen. 1686. F. N. Hallenhorst, de eo quod iustum est circa venationes precarias. Erf. 1718. Ah. Fritsch, de venationibus precariis, von Revers- oder Gnadenjagden, in eisd. corp. iur. ven. P. I. p. 220. Ferd. Chr. Harpprecht, de venationibus precariis, von Revers- oder Gnadenjagden, in eisd. Collect. diss. acad. Vol. 2. nr. 61. p. 732. Jo. Alb. Hubner, de venatione precaria, vulgo Revers- oder Gnadenjagd. Lips. 1778. v. Beust a. a. O. S. 148. Schilling a. a. O. §. 194.

39) Daher läßt sich auch die Frage: ob dieselben einseitig widerrufen und aufgehoben werden können, so im allgemeinen (s. Fischer, Kameral- und Polizeirecht §. 1821) nicht bestimmen. S. Pietsch a. a. O. §. 86.

40) J. Fl. Rivinus, de iure venandi in alieno fundo. Lips. 1745.

41) v. Berg, jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle u. s. w. Abh. II, S. 270.

42) Riccius a. a. O. Cap. IV, §. 5. Weber a. a. O. S. 294.

43) Pietsch a. a. O. §. 48. A. M. Ah. Fritsch, de iure hortorum §. 17. in opusc. tom. II. nr. 5. p. 88. Runde a. a. O. §. 160. Weiske, Landwirthschaftsr. §. 203. S. auch v. Berg, jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle u. s. w. I. S. 289. Für die Vergünstigung, das Wild

mindere Recht an der Sache ist, so folgt, daß bei allen Collisionen zwischen Eigenthümer und Jagdberechtigtem letzterer dem ersteren weichen müsse[44]). Dagegen ist die vielfach verfochtene Behauptung, daß derjenige, welchem die Jagdgerechtigkeit in einer Gegend ausschließlich zusteht, wegen des davon habenden Nutzens auch den durch das Wild an den Feldfrüchten, Wiesen und Gärten verursachten Schaden zu erstatten schuldig sei[45]), gemeinrechtlich nicht begründet.

Wie allenthalben der Idee des Rechtes eine Verbindlichkeit correspondirt, so muß auch bei dem Jagdrechte eine solche vorhanden sein, und sie besteht hier unter anderen darin, daß der Privateigenthümer gegen das in seinem Eigenthume anzutreffende Wild etwas nicht unternehmen darf, vielmehr solches zu dulden verpflichtet ist, mithin auch an und für sich betrachtet kein Klagerecht wegen der aus dieser Duldung nothwendig entstehenden Folgen hat. In diesem Sinne steht die Jagdgerechtigkeit auf ganz gleicher Linie mit jeder anderen Dienstbarkeit, und so wenig der serviens in anderen Fällen die Nachtheile in Anschlag bringen darf, die eine Ausübung der Servitut regelmäßig und nothwendig veranlaßt, eben so wenig würde nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen hier eine Ausnahme von der sonstigen Regel eintreten[46]). Zu verlangen, daß der Berechtigte alles Wild niederschieße, oder daß er es auf seinem Grund und Boden einhege, oder daß er irgend eine andere Vorrichtung treffe, durch die alle und jede Beschädigung unmöglich gemacht werde, würde mit dem Befugnisse und der entsprechenden Verbindlichkeit unvereinbar sein und das Befugniß selbst in eine harte Beschwerde verwandeln. Sonach bleibt, wie in allen ähnlichen Fällen, ein Schädenanspruch nur insofern denkbar, als er durch einen Mißbrauch des Rechtes[47]), hier also durch übermäßiges Hegen des Wildes und ein dadurch veranlaßtes Uebermaß des Wildstandes begründet wird, ein Verhältniß, welches sich nach der Natur der Sache und bei der Unmöglichkeit, dem Wilde in seinem natürlichen Zustande einen bestimmten Aufenthaltsort anzuweisen, nur in Berücksichtigung des Territoriums, auf welchem dem Berechtigten die Jagd zusteht, und des Wildes, was als eigentliches Standwild

---

durch Anlegung von Hecken oder Zäunen von den bestellten Feldern abzuhalten, mußte eine bestimmte Quantität außerhalb der Vermachung für das Wild angesäet oder alljährlich eingeliefert werden und darin bestand die unter dem Namen des Wild- und Heckenhafers vorkommende Abgabe.

44) Maurenbrecher a. a. O. §. 226.

45) Henr. Hildebrand, diss. de conservatione ferarum novica. (Altorf. 1709.) §. 10. 11 u. 16. Joh. Mich. Seufert, diss. de damno per ferarum incursus in agris dato. Wirceb. 1788. 8. Pietsch a. a. O. §. 105, 106. Runde a. a. O. §. 160. Pfeiffer, pract. Ausführ. Bd. III, Abh. 5, S. 91.

46) Die Anwendung der Vorschriften des röm. Rechtes über die Servituten auf teutsche ähnliche Institute, namentlich auf das Jagdrecht, unterliegt keinem Zweifel. Eichhorn, das Privatr. §. 176. A. M. Curtius, Handb. des im Königr. Sachsen geltenden Civilr. Th. 2, Abth. 3, §. 1006, Note a, S. 110.

47) L. 9. D. de servit. (18. 1.)

nzusehen, ausgemittelt werden kann[48]); denn den durch Wechselwild erbeigeführten Schaden ist der Jagdberechtigte überhaupt nur insofern zu ergüten verbunden, als nachgewiesen werden kann, daß er das Wechselwild durch Fütterungen, Anlagen von Salzlecken und andere dergleichen Vorrichtungen auf sein Revier gelockt hat[49]).

Wenn ein Jagdberechtigter dem in seinem Reviere verwundeten Wilde in einen fremden Jagdbezirk nacheilt und sich desselben darin bemächtigt, so nennt man das Recht, vermöge dessen diese Verfolgung des Wildes geschieht, die Jagdfolge, Wildfolge, Nachfolge oder Nacheile (sequela venatoria)[50]). Diese Befugniß ist, da sie auf einem uralten Herkommen beruht[51]), welches durch kein neues gemeines teutsches Gesetz aufgehoben ist, noch heutiges Tages allenthalben als giltige Regel anzusehen, wo die Jagdfolge nicht durch besondere Jagdordnungen, Jagdrecesse, Privilegien oder auf andere Weise eingeschränkt ist[52]). Die

---

48) Struben, rechtl. Bed. Th. 2, Cap. 51, S. 211. Bülow und Hagemann, pract. Erörterungen Th. 8, Erört. 6, §. 6. Eichhorn, das Privatr. §. 283. Mittermaier, d. R. §. 276.

49) Bülow u. Hagemann a. a. O. §. 8. Mittermaier a. a. O. §. 277. Von diesen Grundsätzen des gem. R. weicht die sächs. Gesetzgebung insofern ab, als durch das Gen.-Gouvernem.-Patent v. 1. April 1814 §. 7 verordnet ist, daß der Grundstücksbesitzer, welchem durch das Wild Schaden zugefügt worden, vom Jagdberechtigten den vollen Ersatz des Schadens zu fordern berechtigt sein soll. Allein dieses, durch das Gen. v. 16. Dec. 1817 bestätigte Gesetz bezieht sich nur auf den Schaden, welcher an den Feldfrüchten verursacht worden ist, auf den durch Wild am Holzwuchse verursachten Schaden leidet es keine Anwendung. S. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung für das Königr. Sachsen, neue Folge, Bd. 3, H. 2, Abh. VI, S. 95 flg.

50) Jo. Andr. Nieper, diss. de sequela venatoria, vulgo Jagdfolge. Gotting. 1789. Bülow und Hagemann, Erörter. I. Nr. 4. Pufendorf, obs. III. nr. 192. Struben, rechtl. Bedenken II. Nr. 140. Schilling a. a. O. §. 205—208, Elvers, Themis I. 3. S. 354. In Sachsen wird die Jagdfolge von dem Landesherrn in allen Revieren der Vasallen ausgeübt, nicht aber umgekehrt. Unter Privaten wird selbige, wenn nicht ausdrückliche Verträge entgegenstehen, stets wechselseitig ausgeübt. S. Schilling, Handb. des in Sachsen giltigen Jagdrechtes (Leipzig 1827, 8.), §. 220, 221, S. 247.

51) Lex Salica Tit. 36. §. 5. 6. Baiuvar. 21. §. 1. Longobard. I. 22. §. 6. Sachsensp. B. II. A. 61. Schwabensp. Cap. 356. Annal. Paderborn. p. 344. Falke, tradit. Corb. p. 431.

52) Berger, oec. iur. lib. II. tit. 2. th. 8., hat zwar mit Bezug auf die Landesordnung v. J. 1555, Tit. daß Keiner auf des Andern Grund und Boden jage u. s. w. (C. A. I. 60 sq.), die Behauptung aufgestellt, daß die Jagdfolge in Sachsen abgeschafft sei, allein das Unrichtige dieser Meinung ist von Wernher P. VII. obs. 67., Hommel, Rhaps. obs. 68. und Fr. Henr. Mylius, Pr. an in Sax. Elect. venandi iure gaudenti ius feram in proprio fundo ab eo vulneratam vel canibus agitatam in alienum persequendi ibique capiendi, et quidem inter privatos, competat? Lips. 1776. 4. zur Genüge dargethan worden. — Die auf particularen Vorschriften oder besonderen Observanzen beruhenden Einschränkungen der Jagdfolge sind übrigens sehr verschieden. An einigen Orten ist es gewöhnlich, daß auf dem Flecke, wo die Verwundung geschehen, ein Zeichen gelegt werde, ein Zweig oder Reis (das sogenannte Verbrechen des Wildes). An anderen Orten darf

ordentliche Zeit dieser Folge dauert in der Regel 24 Stunden. Sie ist aber nur zulässig, wenn das Wild dergestalt verwundet ist, daß es schweißet. Uebrigens gibt die Jagdfolge dem Nacheilenden kein Recht, den Jagdherrn von dem bereits verwundeten Wilde abzuhalten, sondern es kann dieser dergleichen auf sein Revier übergetretenes Wild so gut als der Nacheilende vollends erlegen und sich zueignen.

Wenn mehreren Personen zugleich in einem Reviere das Jagdrecht zusteht, so nennt man solches die Koppel- oder Sammtjagd[53]. Sie beruht auf Verträgen oder Herkommen und findet vorzüglich dann statt, wenn die Güter so durcheinander liegen, daß die Jagd nicht wohl auf einem jeden besonders getrieben werden kann.

Von der eigentlichen Jagd ist der Wildbann (bannum ferinum speciale) unterschieden. Die Jagd besteht in dem bloßen Rechte, die wilden Thiere zu fangen und zu tödten, der Wildbann hingegen begreift zugleich das Recht in sich, den Wald durch abgeschnittenes Holz des Wildes wegen zu umschließen. Demjenigen, dem das Jagdrecht im eigenen Walde zusteht, steht auch der Wildbann zu, derjenige aber, der in fremden Waldungen blos mit der Jagd belehnt ist, ist noch nicht mit dem Wildbanne belehnt[54]. Die Parömie: wer darf jagen, darf auch hagen, ist also in der Allgemeinheit nicht richtig, sondern paßt blos bei dem Landesherrn[55].

Unter die Verbindlichkeiten, welche einigen in Ansehung der Jagdberechtigten obliegen, gehören hauptsächlich die Jagdfrohnen. Vermöge dieser sind die Unterthanen des Jagdherrn allerlei Jagddienste zu verrichten schuldig. Sie müssen das Wild treiben, Netze stellen, die Jagdhunde führen, den Jägern die Geräthschaften nachtragen, Wildpretsfuhren leisten und das erlegte Wild nach Hause schaffen. Hieher gehören auch die Verbindlichkeiten, daß dem Jagdherrn die Jagdhunde gefüt-

---

der Nacheilende nicht blasen, auch nicht die Hunde anhetzen. Nicht selten muß auch der Jagdherr von der Nachfolge in sein Revier benachrichtigt werden. Uebrigens pflegt die Jagdfolge hauptsächlich nur bei großem Wildpret vorzukommen. S. Riccius a. a. O. Cap. 8, §. 2, 3. Pietsch a. a. O. §. 118.

53) And. Homborg, de iure convenandi, germ. Koppeljagden. Helmst. 1710. v. Rohr a. a. O. Bd. VII, Cap. 4, S. 1017 flg. Kind, quaest. II. 50. Bülow und Hagemann a. a. O. I. 10. Schilling a. a. O. §. 199—202. — Wenn jedem von einer oder mehreren Gemeinden das Jagdrecht auf einem gewissen Districte erlaubt ist, so nennt man dieß freie Pürsch. S. J. Otto, freye Pürsch Beschreibung. Ulm 1725. Goth. Dan. Hoffmann, diss. de libera venatione, praesertim Suevo-Memmingensi. Tub. 1753. v. Rohr a. a. O. Cap. 8, S. 1060 flg. Aus Rücksichten für das gemeine Wohl hat man derselben Schranken gesetzt, und entweder durch bestimmte Pürschordnungen, oder dadurch, daß man die Communen genöthigt hat, die Jagd zu verpachten, die Gefahren, die durch eine freie Ausübung der Jagd in der Nähe der Städte entstehen können, beseitigt. Cf. C. V. de Cramer, de iure domini territorialis promiscuam subditor. venandi libertatem per locationem venationum inhibendi, in eisd. Obs. iur. univ. P. I. nr. 25.

54) Weber, Lehenr. Bd. 2, S. 297.

55) Hertius, Paroem. Lib. II. p. 17. §. 1.

rt (Hundshafer) und daß die Jäger, wenn sie sich auf der Jagd efinden, mit Essen und Trinken (Jägerbrot) versorgt werden müssen. llein alle diese Verbindlichkeiten sind nicht zu vermuthen, sondern müssen ntweder in den Gesetzen oder in der Gewohnheit gegründet sein[56]). Sie tammen auch niemals von dem Jagdrechte selbst ab, sondern haben mit en übrigen Frohndiensten der Bauern ein und eben denselben Grund und nüssen nach diesen beurtheilt werden[57]).

Zur Verhütung des Wilddiebstahles ist verboten, in einem fremden Jagdreviere Schießgewehre, Hunde und Fallen mit sich zu führen[58]). Wer dergleichen sich zu Schulden kommen läßt, begeht einen Jagdrevel und sündigt wider die Jagdpolizeigesetze. Der Wilddiebstahl aber fällt dem Criminalrechte anheim. Die Strafe des Wilddiebstahles bestand in älteren Zeiten nur in einer geringen Geldbuße[59]). Härter wurde das Verbrechen im Mittelalter geahndet[60]). Doch sind diese grausamen Strafen längst außer Gebrauch gekommen. In Ermangelung besonderer Landesgesetze ist heutzutage der Wilddiebstahl nach den gemeinen Grundsätzen, die von den Diebstählen überhaupt gelten, zu bestrafen[61]).

In der Jagdgerechtigkeit ist zwar allezeit der Vogelfang[62]) enthalten, keineswegs aber das Recht des Fischfanges. Der Fischfang steht dem Eigenthümer des Flusses oder Baches und nachdem dieser Privat- oder Staatseigenthum ist, dem Privatbesitzer oder Landesherrn zu. Die Fischerei steht daher bei Waldbächen dem Eigenthümer des Waldes und nicht dem Jagdberechtigten zu[63]). Diesem gebührt nur die Wasserjagd, welche nicht im Fischrechte begriffen ist, weil die Wildbahn auch die Gewässer mit umfaßt[64]).

v. Salza.

Injurie s. am Ende des Buchstaben J.

Innung bedeutet im juristischen Sinne die unter Vorbewußt und Genehmigung der Staatsregierung erfolgte und bestehende Vereinigung mehrerer Personen zur Betreibung irgend einer Profession nach bestimmten Regeln.

---

56) Maier, de iur. venand. cap. 13. th. 19. p. 309. Reinhard l. c. Sect. 2. §. 7. p. 48 sq. Bülow und Hagemann a. a. O. V. S. 186. Kind l. c. II. 31.

57) Pietsch a. a. O. §. 116.

58) v. Berg, Polizeir. a. a. O. S. 380. G. F. Seitz, über Forst- und Jagdfrevel u. s. w. Fürth 1817. 8.

59) Lex Ripuar. Tit. 42. Lex Salica Tit. 36. §. 1. Nisser a. a. O. Cap. 10, §. 10 flg. G. A. Kleinschrod, Abh. von dem Wilddiebstahle, dessen Geschichte, Strafe und Gerichtsstande. Erlangen 1790.

60) Ant. Seidensticker, de furibus ferarum. Helmst. 1675. 1677. 1696 u. 1715.

61) J. Chr. Quistorp, Grundს. des teutsch. peinl. R. Bd. 2, §. 367.

62) Jac. Eichel, de aucupio eiusque iure. Helmst. 1672.

63) Leyser, spec. 503. med. II. p. 671. Weber a. a. O. S. 289.

64) Weiske, Landwirthschaftsr. §. 107, S. 103.

Ehe wir aber weiter auf das Wesen und die Folgen der Innung eingehen können, ist es erforderlich, Folgendes vorauszuschicken.

Jeder Mensch ist von Natur zur Thätigkeit berufen, jeder Staatsangehörige aber dazu verpflichtet. So lange daher Letzterer dem öffentlichen Wesen durch seine eigene Thätigkeit nicht schädlich wird, er vielmehr durch dieselbe sich und die Seinen zu erhalten strebt, so lange kann keine Beschränkung derselben a priori für statthaft erklärt, vielmehr muß diese Erwerbsfreiheit nach natürlichem und positivem Rechte uneingeschränkt erhalten und jedes Verbietungsrecht dagegen unterdrückt und zurückgewiesen werden. Anders aber wird es sich verhalten, wenn aus dem Erwerbe ein Gewerbe werden soll, wenn die eigene Thätigkeit durch Zuziehung fremder Kräfte, durch Verwendung von Erwerbsgehilfen vermehrt und gesteigert werden soll. Dann hört die natürliche Erwerbsfreiheit auf und sofort taucht die Frage auf, in wie weit und unter welchen Bedingungen es dem Staatswesen und dem Staatsleben zulässig und förderlich sei, eine solche gewerbsmäßige Thätigkeit dem Einzelnen zu gestatten. Und jede Staatsordnung hat sich der Beantwortung dieser Frage, sobald sich nur in seinem Gebiete Gewerbe zu bilden begannen und zu jeder Zeit hingegeben. Aber so verschieden die Naturen der einzelnen Staaten und ihrer Bewohner sind, ebenso verschieden sind die Antworten und die daraus abgeleiteten gesetzlichen Normen ausgefallen. Während die Einen mit dem allgemeinsten Oberaufsichtsrechte über die Gewerbe sich zufrieden gestellt und im übrigen diesen vollständige Freiheit in ihrer Bewegung und Ausübung gelassen haben, haben Andere für zweckdienlicher gehalten, näher darauf einwirken und beschränkendere Normen wegen des Gewerbebetriebes aufstellen zu müssen.

Alles Gewerbe theilt sich aber nach allgemeinem teutschen Sprachgebrauche in Handel und Gewerbe in specie, unter welchen letzteren man sodann die producirenden Handwerke und Professionen im Gegensatze des Erwerbes durch die liberalen Künste und Wissenschaften versteht, und welche man wohl auch noch mehr bezeichnend Gewerke nennt. Wir haben uns nunmehr lediglich oder doch hauptsächlich mit diesen zu beschäftigen.

Als in Teutschland die Cultur zu steigen begann, vorzüglich seit der Zeit der Städteerbauung, da war es natürlich, daß die die Bedürfnisse eines cultivirten, hauptsächlich auf einen gemächlichen Hausstand basirten Lebens darbietenden Gewerke sich immer mehr ausbilden mußten, und daß aus den gemeinen Handwerken, die für die vorhergegangenen roheren Zustände des Volkes ausgereicht hatten, ausgedachtere, ja künstlerischere hervorgehen mußten. Namentlich war dies in den schnell aufblühenden und mit der feineren Sitte den Luxus auf- und annehmenden Städten der Fall, welche, wenigstens für Teutschland, als die Mutter des jetzigen Gewerke- und Handwerkszustandes angesehen werden müssen. Wie dieß aber rücksichtlich des letzteren im allgemeinen der Fall ist, so ist er es auch im besonderen in Beziehung auf die Corporations-, Innungs- und Zunftverfassung der Handwerke. Denn der Corporationsgeist, welcher durch Begründung der Städte und ihrer Bürgerschaften in Teutschland erweckt worden und hauptsächlich eine Folge des unseren Vorfahren

innewohnenden autonomischen Wesens war, trug sich sofort auf alle Zustände über, welche zu einer Verkörperung geeignet erschienen. Daß die Bedingungen zu solcher aber allen Handwerkern, die eine natürliche Gesammtheit von Meistern, Gesellen und Lehrlingen bilden, inne wohnt, vermag Niemand in Abrede zu stellen. Die Art der Entstehung der Handwerksvereinigungen hat aber auf ihre nachherige Fort- und Ausbildung den entschiedensten Einfluß gehabt. Denn da sie nach dem Gesagten ursprünglich ganz freie Verbindungen waren, die sich selbst Gesetze gaben und selbst richteten, wie die Geschichte Teutschlands und seiner Innungen unwiderlegbar darthut, so hat die ihnen in späterer Zeit aufgedrungene obrigkeitliche Aufsicht und die erst in dem zunächst verflossenen Jahrhunderte zur Anwendung gebrachte landesherrliche oder Staatsüberwachung ihrer Verhältnisse selten zu etwas Anderem, als zum Widerstande gegen diese Bevormundungen und zum eifrigsten Anhängen an ihre ursprüngliche Freiheit — an ihren Handwerksgebrauch — geführt, zumal, wie Jedermann weiß, mit den Handwerkszünften schon in frühester Zeit politische Rechte, vorzüglich in Beziehung auf die Verwaltung der einzelnen Stadtcommunen, in denen die Handwerksinnungen sich befanden, verbunden waren. Was aber für die einzelnen Städte die Innungen waren, das bildeten für das ganze Land, für das ganze Teutschland, die Zünfte, d. h. die Generalvereinigungen der Innungen eines und desselben Handwerks im ganzen teutschen Lande, ja sogar über dessen Grenzen hinaus, nach einerlei Art des Verfahrens und des Regimentes ihres Wesens. In neuester Zeit wird aber das Wort Zunft gewöhnlich gleichbedeutend mit Innung genommen und gebraucht, insonderheit aber dann, wenn von Handwerksinnungen, im Gegensatze von anderen ihnen nachgebildeten Vereinigungen (z. B. Handels- und Kramerinnungen), die Rede ist.

Eine **Handwerksinnung** (auch Amt, Gaffel, Gewerk, Gilde, Zeche und Zunft benannt) ist aber nach heutigem Rechte eine unter erfolgter Genehmigung und Bestätigung der betreffenden Staatsregierung geschehene Vereinigung mehrerer Personen zur ausschließenden Betreibung eines bestimmten Gewerbes nach bestimmten Regeln.

Das charakteristische Merkmal der Innungsmäßigkeit (Zünftigkeit) eines Handwerks oder Gewerbes überhaupt ist demnach die exclusive Betreibung desselben, wonach neben dieser die Gewerbefreiheit nicht bestehen kann.

Die seit langen Jahren in und für Teutschland ventilirte Frage, ob Freiheit oder Zünftigkeit der Gewerbe rationeller und zugleich dem Staate und seinen Insassen nutzenbringender sei, ist wenigstens durch die Praxis bis jetzt nicht zu Gunsten der ersteren ausgefallen. Wir glauben aber auch, daß weder eine unbeschränkte Freiheit, noch eine unbegrenzte Zünftigkeit dem Staatszwecke entsprechen könne, halten vielmehr dafür, daß beide in gewisse Grenzen gewiesen und organisch mit einander verbunden demselben am nächsten kommen dürften. Dadurch würde von der einen Seite die Uebersetzung einzelner Gewerbe und deren daraus entstehender Untergang, die Verschlechterung der Gewerkserzeugnisse und die Verringerung tüchtiger Arbeiter gehindert, während auf der anderen Seite frühere

Hemmnisse zu Aneignung einer Profession weggeräumt, und neben [illegible] Freiheit zum Berufe und dessen Ausübung auch tüchtige Lehrmei[illegible] und Arbeiter, folglich immer steigende Ausbildung eines Gewerb[illegible] zugleich aber eine zweckgemäße Einwirkung der öffentlichen Gewalt a[illegible] das Gewerbewesen im allgemeinen und auf die Handwerker im besonderen ermöglicht und befördert würden. Man hat in neuerer Zeit in einig[illegible] Staaten Teutschlands, z. B. in Bayern, versucht, die obschwebende Fra[illegible] durch ein Auskunftsmittel und dadurch zu lösen, daß man die Befähigung zur Ausübung eines Gewerbes von einer Concession der Regierungsbehörde abhängig gemacht hat. Allein dieses Concessioniren hat daselbst eben so wenig den erwünschten Erfolg gehabt, als die in anderen teutschen Staaten zugelassene volle Gewerbsfreiheit, vielmehr erschallen schon seit längerer Zeit und immer dringender von dort und da die lauten Wünsche zu Herstellung einer zweckentsprechenden Innungsverfassung. Diese Eigenschaft würde aber letztere nach unserer Meinung dann haben, wenn sie, unter Beseitigung der allenthalben bekannten und gerügten Zunftmißbräuche, darauf beschränkt würde, die Bedingungen festzustellen, unter welchen ein Gewerbe erlernt, gelehrt und ausgeübt werden könne, und die Grundsätze zu normiren, nach welchen die Verhältnisse der selbstständigen Gewerbtreibenden zu einander sowohl, wie zu ihren Gehilfen, gleich wie dieser unter einander zu beurtheilen wären. Unbestritten können hier für jeden teutschen Staat die sogen. sächsischen Generalinnungsartikel, wie sie in dem Mandate vom 8. Januar 1780 enthalten sind, zum Vorbilde dienen. Würde in jedem teutschen Staate oder vielleicht für den ganzen teutschen Staatenbund eine allgemeine Gewerbeordnung erlassen, dabei das allzugroße Zerstückeln der Innungen vermieden und die Specialartikel oder Statuten der einzelnen Gewerbscorporationen nur zu Vorschriften für deren innere Verhältnisse und nicht zu Maßnahmen nach Außen benutzt, so würde sich, unserer Ueberzeugung nach, bald die vortheilhafte Wirkung eines so gestalteten Gewerbesystems ebenso für die Producenten, wie für die Consumenten, und nicht weniger für die einzelnen Innungen, als für ganze Communen und den ganzen Staatsverband selbst herausstellen. Die hiermit in nächster Berührung stehende Frage, in wie weit Handwerker und deren Innungen auf die Städte zu beschränken oder auch auf dem platten Lande zuzulassen wären, muß allerdings nach der besonderen Gestaltung der einzelnen Staaten entschieden, dabei aber gewiß sowohl der historischen Basis, als staatswirthschaftlichen Grundsätzen nach das städtische Verhältniß vorzugsweise im Auge behalten werden, welches unbestritten die Mutter der Handwerke — wie sich schon aus der uralten Rechtsparömie: Handwerk gehört vor den Rath (und nach alter teutscher Verfassung hatten nur städtische Corporationen einen Rath an ihrer Spitze) ergibt — zugleich aber auch, da ihm im Zweifel die Agricultur fremd ist, auf selbige zu seinem Bestehen angewiesen ist.

Bei rechtlicher Beurtheilung einer teutschen Handwerksinnung sind die Grundsätze des gemeinen Rechtes über Körperschaften im Staate (collegia, universitates) allenthalben anwendbar, da in dieser Hinsicht die Particulargesetzgebungen nur wenig von einander abweichen. Daher

gilt bei Errichtung einer Innung der Rechtssatz: tres faciunt collegium, und rücksichtlich ihres Bestehens der: universitas reservatur in uno.

Damit sie aber als Körperschaften im Staate rechtlich angesehen werden können, dazu ist nach heutigem Staatsrechte ihre Bestätigung durch die Staatsregierung eben so erforderlich, wie zu der exclusiven Betreibung ihrer Professionen, wozu früherhin, und zwar zu beiden Zwecken, schon die Confirmation durch die Stadtobrigkeiten hinreichend war. Ja in den ältesten Zeiten fand sogar diese nicht statt, sondern es war freie Corporation mit Autonomie zulässig. Allein diese letztere hat unbestritten die größten Handwerksmißbräuche zur Folge gehabt, welche zum Theil noch jetzt nicht gänzlich und allerwärts haben ausgerottet werden können. So sind die so oft und mit Recht unterdrückten, aber immer wieder zum Vorschein gekommenen Gesellenvereine nur die Frucht der fast allen Handwerkern innewohnenden Gesinnung, Handwerksstreitigkeiten durch das Handwerk oder handwerksmäßig, nach Handwerksgebrauch zu schlichten oder zu büßen, eine Sucht, deren Bestand schon durch die Parömie des teutschen Rechtes: So weit Handwerksgewohnheit geht, so weit können sich auch die Handwerker helfen, ausreichend dargethan wird.

Was nun die Gerechtsame der Innungen betrifft, so bestehen diese in Teutschland, so weit in dessen einzelnen Theilen die Innungen selbst noch vorkommen, hauptsächlich:

1) in dem Rechte, Statuten zu errichten und abzuändern,
2) in dem Rechte, Zusammenkünfte und Versammlungen zu halten,
3) in dem Rechte, Handwerksbeamte zu wählen,
4) in dem Rechte, eine Lade und ein Innungssiegel zu haben und zu führen,
5) in dem Rechte, Specialsyndici zu ihren Rechtsangelegenheiten zu ernennen und die Kosten für letztere aus der Lade zu bestreiten,
6) in dem Handwerkskrame, und
7) im Bannrechte.

Was den Inhalt der **Innungsstatuten** (gewöhnlicher Specialartikel genannt) betrifft, so hat man, und wohl mit Recht, neuerdings dieselben auf die Gegenstände beschränkt, welche auf die innere Einrichtung und Verwaltung der Innungen Bezug nehmen und dagegen Alles davon ausgeschlossen, was sich auf die Stellung und das Verhältniß der Innungen nach Außen bezieht. Insonderheit läßt man daher heutzutage nicht mehr zu, daß die Grenzen des Arbeitsgebietes einer Gilde und ihr Verbietungsrecht gegen Dritte in ihre Statuten aufgenommen werden. Beides erscheint um so begründeter, als die Specialitäten über den Umfang des ersteren die hauptsächlichste Quelle der so häufigen Streitigkeiten und Prozesse zwischen verwandten Handwerken gewesen sind, die Bestimmungen über das letztere aber offenbar allgemeiner Landesgesetzgebung überlassen bleiben müssen. Unbestritten jedoch würden diese neueren Grundsätze über den Inhalt der Specialartikel von noch größerem Nutzen für den gesammten Gewerbestand und das größere Publicum sein, wenn ohne Weiteres nach denselben noch diejenigen Specialartikel, welche noch nach

Außen Maßnahmen enthalten, umgearbeitet würden, da außerdem die Innungen eines Landes nicht völlig in gleicher Rechtslage sich befinden. Der Hauptinhalt der Handwerksstatuten beschränkt sich demnach auf die Bestimmungen über die Lehre, das Aufdingen und Lossprechen, die Fertigung der Meisterstücke, die zu erlegenden Gebühren, die Anzahl und Wahl der Handwerksbeamten und Aeltesten, die Zahl und die Zeit der Handwerksversammlungen, die Ablegung der Handwerksrechnungen u. s. w., wobei man hauptsächlich auch noch zu überwachen pflegt, daß Vorschriften, welche bereits in allgemeinen Landesgesetzen enthalten sind, nicht als Besonderes in den Specialartikeln aufgeführt und in selbigen für die betreffende Innung, so zu sagen, erst ausdrücklich bestätigt werden.

Die *Zusammenkünfte* und *Versammlungen* der Innungen (selbst Innungen, Handwerke, auch Quartale und Morgensprachen genannt) theilen sich in ordentliche und außerordentliche, je nachdem sie an den im Voraus bestimmten Zeiten und Orten, oder aus besonderer Veranlassung abgehalten werden. Fast überall in Teutschland ist dabei gesetzlich festgestellt, daß dieselben nur mit Vorwissen der Ortsobrigkeit und im Beisein eines Deputirten derselben abgehalten, Ueberschreitungen dieser Anordnungen aber hart geahndet werden sollen. In den ordentlichen Quartalen werden gewöhnlich die Aufdingung und Lossprechung der Lehrlinge, die Zulassung zum Meisterrechte und die Prüfung der Meisterstücke, der Innungsrechnungen und andere allgemeine Handwerksangelegenheiten vorgenommen, wogegen die außerordentlichen besondere Veranlassungen zur Ursache haben und gewöhnlich im Interesse einzelner Personen erfolgen.

Die *Handwerksbeamten* sind bei teutschen Innungen gewöhnlich Obermeister (Amtsvorsteher, Aelterleute), Beisitzer, Jungmeister, Handwerksschreiber, Handwerksbote, über deren Geschäftskreis und Wahl die Bestimmungen entweder schon in allgemeinen Landesgesetzen gegeben oder in den Specialartikeln enthalten sind. Von jeher erfolgte übrigens die Wahl dieser Beamten im Zweifel auf Lebenszeit, aber in neuerer Zeit haben die Innungen öfters den Wunsch, das bei anderen öffentlichen Ehrenämtern beliebte Rotationsprincip auf ihre Beamten angewendet zu wissen, an den Tag gelegt. Wir halten dafür, daß bei wenig zahlreichen oder ihrem Wesen nach unbedeutenden Innungen es gleichgiltig sein könne, ob deren Beamte auf Zeit oder auf Lebenszeit gewählt werden. Allein bei Handwerken, die der Zahl ebenso, als ihrem übrigen Wesen nach von nicht geringem Einflusse auf ein communelles Ganze sind, halten wir das Rotationsprincip namentlich in Beziehung auf die den Handwerken vorstehenden und dieselben leitenden Obermeister nicht für zweckentsprechend. Bei derartigen Innungen scheint es vielmehr nützlicher zu sein, das stabile Princip mit dem der Bewegung in eine zweckdienliche Verbindung und zwar so zu bringen, daß die Obermeister für Lebenszeit, dagegen deren Beisitzer nur für einen gewissen Zeitabschnitt gewählt würden. Dann würde eine nutzenbringende dauernde Verwaltung mit der jeder Gesellschaft, also auch den Innungen, höchst wünschenswerthen immer erneuerten Controle sich herstellen lassen.

Die *Handwerkslade* ist bestimmt zur Aufbewahrung der einer

nnung zugehörigen Schriften und des ihr zuständigen Vermögens an arem Gelde und Documenten. Sie ist demnach der Vereinigungs-nkt des Materiellen der Innung als solcher, und die letztere kann sich bst ohne eine Lade gar nicht für eine Innung halten, so wenig wie ren Mitglieder eine Handwerksversammlung für giltig und die darin faßten Beschlüsse für bindend erachten dürften, wenn dabei die Lade fehlt hätte oder nur nicht geöffnet gewesen wäre. Denn Handwerks-rsammlung und Handwerksbeschluß kann nur bei offener Lade erfolgen. ieser bei allen teutschen Innungen urkundlich seit den ältesten Zeiten res Bestehens eingeführte Gebrauch soll wahrscheinlich den Antheil jedes nnungsmitgliedes an dem Gesammtwesen und an dem Gesammtver-ögen symbolisiren und ist so unschuldiger Art, daß bis jetzt noch keine ntsche Obrigkeit oder Gesetzgebung sich veranlaßt gefunden hat, ihn zu nterdrücken.

In die Lade fließen nun die Einkünfte des Handwerkes, welche ge-öhnlich in den Gebühren für die Aufdingung und Lossprechung der ehrlinge, in den für die Erlangung des Meisterrechtes zu bezahlenden eldern, in den der Innung zukommenden Strafgeldern und in den ntraden aus deren sonstigem Vermögen bestehen. Aus ihr sollen auch nur e für die und wegen der ganzen Innung nothwendigen Ausgaben, B. die Besoldungen der Beamten, Prozeßkosten, Spenden, Innungs-gaben u. s. w., bestritten, und dagegen alle rein persönliche oder zu enüssen bestimmte vermieden werden. Früherhin und auch jetzt noch manchen teutschen Ländern flossen auch in die Innungslade die Bei-räge der Gesellen zur Unterstützung ihrer dürftigen und kranken Kame-aden, welche sodann auch aus ihr die Beihilfe erhielten. Allein in euerer Zeit haben die Gesetzgebungen mehrerer Staaten Teutschlands, amentlich auch Sachsens, es für zweckentsprechender erachtet, diese Ge-ellenbeiträge von dem Innungsvermögen ganz abgesondert und separat erwalten zu lassen, weil sich Inconvenienzen aller Art aus der ersteren Gemeinschaft herausgestellt hatten. Was endlich die Verwaltung des Innungsvermögens betrifft, so geschieht diese von dem Handwerke durch eine Beamten selbstständig und ohne specielle Einwirkung der Obrigkei-en, welche vielmehr nur ein Oberaufsichtsrecht, gewöhnlich durch das Organ ihres Handwerksdeputirten, auszuüben pflegt. Endlich ist zu be-merken, daß die Laden in Orts- und Kreisladen eingetheilt werden, in-wiefern sie nämlich nur für die Innung einer Stadt oder für die Zünfte eines ganzen sich zusammenhaltenden Bezirkes bestimmt sind. Letztere, welche früherhin sogar Innungen außerhalb des Landes, wo die Lade und die verwaltende Hauptinnung sich befanden, mit in sich faßte, wer-den heutzutage rücksichtlich dieser letzteren, schon wegen des hierunter in Frage kommenden Territorialhoheitsrechtes, gar nicht mehr geduldet, und in Bezug auf inländische Innungen und Städte, wegen der aus einer solchen Einigung sich stets herausstellenden Inconvenienzen, immer häu-figer reducirt und neu sich bilden wollende nicht mehr zugelassen.

Das **Innungssiegel** darf nur zu Ausfertigungen und Schriften, die im Interesse und wegen des gesammten Handwerkes erlassen und

vollzogen werden, zu Lehrbriefen, Meisterscheinen und anderen Innungszeugnissen, keineswegs aber von den Handwerksbeamten in ihren Privatangelegenheiten gebraucht werden. Damit dieser sich eigentlich von selbst verstehenden Vorschrift desto pünktlicher nachgekommen werde, ist in einigen Particulargesetzgebungen, wie z. B. in der des Königreiches Sachsen, noch besonders angeordnet, daß der zu einer Innung verordnete obrigkeitliche Deputirte nicht nur alle Handwerkszeugnisse und Documente mit vollziehe, sondern auch das Handwerkssiegel in seiner Bewahrung behalte. Das Recht der Innungen, zu ihren Rechtsangelegenheiten Specialsyndicen zu ernennen, ist eine Folge davon, daß man sie als eigentliche Corporationen im rechtlicher Bedeutung Staatswegen anerkennt und demgemäß die Grundsätze und Vorschriften des römischen Rechtes über die universitates auf sie allenthalben in Anwendung bringt.

Der Handwerkskram ist das in neueren Zeiten den Mitgliedern der Handwerksinnungen eingeräumte Befugniß, mit ihren Fabrikaten in ihren Wohnorten, auf Jahrmärkten und Messen Handel zu treiben. Dieses Befugniß ist der Natur der Sache und dem rechtlichen Verhältniß nach nur ein accessorisches. Denn ursprünglich steht den Handwerkern nur zu, auf Bestellung zu arbeiten. Allein in Folge der Concurrenz und des steigenden Luxus waren sie gezwungen, ihre Fabrikate in Vorrath und zur beliebigen Auswahl der Consumenten anzufertigen, woraus sich denn der Kram von selbst bildete. Aus dieser Darstellung folgt nun aber auch zugleich der überall giltige Rechtsgrundsatz, daß Handwerker nur mit den von ihnen selbst gefertigten Artikeln, keineswegs aber mit von Dritten und anders woher bezogenen Gegenständen ihres Handwerkes-Handel treiben dürfen. Zwar finden sich auch Ausnahmen von diesem Principe und demselben gegentheilige Zustände, allein dann sind diese nicht zu präsumiren und bestrittenen Falles von den betreffenden Handwerkern zu erweisen. Eben dasselbe gilt dann, wenn die Handwerker mit dem Sonderverkaufe der rohen, zu ihren Fabrikaten erforderlichen, Producte berechtigt zu sein beanspruchen. Ueberhaupt gibt die Berechtigung zum Handwerkskrame und die dabei einschlagende Frage, ob und wie weit in denjenigen Städten, wo neben den Handwerkszünften Handelscorporationen oder Kramerinnungen bestehen, die häufigste Veranlassung zu Streitigkeiten nicht nur unter den ersteren selbst, sondern namentlich auch zwischen diesen und den letzteren, da zum öftersten Fälle vorkommen, wo die Frage entsteht, ob eine Arbeit an einem Fabrikate den betheiligten Arbeitshersteller auch zum Verkaufe des letzteren, als seines Fabrikates berechtigt, indem in gar vielen Fällen die rechtlichen Erfordernisse der specificatio sich nicht herausstellen wollen, sonach aber auch die Rechtswirkungen der letzteren sich nicht in Anwendung bringen lassen, z. B. wenn ein Gürtler die Fabrikate der Roth- und Gelbgießer vergoldet, wenn ein Zinngießer oder ein Silberarbeiter einen zinnernen oder silbernen Deckel auf einem Glaskruge anbringt u. s. w. Die specielle Entscheidung dieser und ähnlicher Fragen fehlt in iure scripto, und ist daher lediglich administrativem Ermessen oder der Rechtsansicht der Gerichts- und Spruchhöfe überlassen. Eine andere hier einschlagende und

für die betreffenden Personen nicht unwichtige Rechtsfrage ist die, ob und in wie weit Handwerker zur Ausübung des ihnen zukommenden Handwerkskrames dritter Personen sich bedienen dürfen oder nicht. Da auch hierüber die positiven Gesetzgebungen klare und ausreichende Bestimmungen nicht enthalten, so müssen auch hier allerwärts die sententiae in foro receptae die Entscheidungen begründen. Im Königreiche Sachsen ist zu wiederholten Fällen übereinstimmend dahin gesprochen worden, daß Handwerker zu Betreibung des Handwerkskrames sich nicht nur der Mitglieder ihrer Familie und des in ihrem Lohne und Brote stehenden Gesindes bedienen, sondern auch einen besonderen Verkaufsdiener halten dürfen, daß sie dagegen den Handwerkskram nicht auf dritte zu demselben nicht befugte Personen übertragen können.

Das hauptsächlichste Recht der anerkannten Innungen endlich ist das Bannrecht, jenes zum schnelleren Aufkommen der Städte und ihrer Gewerbe im Mittelalter angenommene, schon im Sachsenspiegel enthaltene Recht, daß eine Stadt nur außerhalb des Bereiches einer Meile von einer anderen schon bestehenden Stadt angelegt werden könne. Daher erstreckte sich auch früherhin das Bannrecht der Handwerksinnungen auf eine Meile weit von ihrer Stadt ab, was jedoch in der Folge durch die Particulargesetzgebungen modificirt wurde, wie z. B. im Königreiche Sachsen das Bannrecht im allgemeinen auf eine Viertelmeile von jeder Stadt durch die Landesordnung von 1482 bestimmt wurde. Doch kommen einzelne Innungen vor, welchen vermöge besonderer Rechtstitel ein weiteres Bannrecht zur Seite steht. Dieses enthält das Verbot a) des Anfertigens ihrer Handwerkswaaren an dem Orte ihres Sitzes durch dritte, in ihre Mitte nicht aufgenommene Personen; b) des Einbringens ihrer Waaren von außerhalb, die Zeiten der Jahrmärkte und Messen ausgenommen, und c) des Niederlassens von Professionisten ihrer Art auf dem Lande überhaupt oder doch in einer gewissen Entfernung von ihren Wohnstädten. Von diesen drei Befugnissen ist zur Zeit nur das erste noch allerorts in Teutschland, wo die Zunftverfassung gilt, ohne wesentliche Schmälerung geblieben, wogegen die beiden letzteren durch die verschiedenen Particulargesetzgebungen auf das verschiedenartigste modificirt und theilweise bedeutend gemindert, ja in der Hauptsache eigentlich aufgehoben worden sind.

Die Anfertigung von zünftigen Handwerksartikeln in einer Stadt, wo eine betheiligte Innung ist, von Personen, welche nicht zu letzterer gehören, wird Störerei oder Pfuscherei genannt, welche allenthalben, wo Zünfte gesetzlich bestehen, als straffälliges Gebahren von den Gesetzen geahndet wird, gewöhnlich mit durch Hinwegnahme der Arbeiten, so wie des dazu gehörigen Materiales und des Handwerkszeuges. In früheren Zeiten war das Auftreiben der Störer und Pfuscher den Innungen selbst überlassen, was aber zu den schreiendsten Ungebührnissen führte, weßhalb später in fast allen teutschen, hierüber normirenden Gesetzgebungen diese Eigenmacht und Selbsthilfe den Innungen genommen, dagegen die schleunigste Beihilfe Seiten der Obrigkeiten zugesagt worden ist, wie in Sachsen durch das Mandat von 1780 Cap. III, §. 28.

Der Begriff der Störerei fällt aber bei denjenigen Personen w welchen exceptionell durch die Gesetze das Anfertigen von zünftigen Hand werksarbeiten gestattet worden ist, wie dieß z. B. beinahe überall in d teutschen Landen rücksichtlich der Taubstummen, Soldaten und der co cessionirten Fabriken stattfindet; ferner bei denjenigen Arbeiten, welch irgend Jemand zu seinem eigenen Gebrauche entweder selbst fertigt od durch das in seinem Lohne und Brote stehende Gesinde herstellen läß.

Die vielfältigsten Collisionen hinsichtlich dieses Theiles des Ban rechtes stellten sich aber nächst den Reibungen mit den Handels- und Kr merinnungen durch die sogen. Verwandtschaft der verschiedenen Innung und ihrer Arbeitsgebiete nach Material, Arbeitsmethode und Handwerk zeugen, Ineinandergreifen und Zusammenarbeiten, Namen und Form der Arbeiten heraus, und es fällt in praxi sehr oft schwer, zu entsche den, welcher Innung eine gewisse Arbeit ausschließend zuzusprechen sei. Dies ist eine Folge von der gar zu großen Spaltung und Absonderung der Handwerke in Specialinnungen, welche auch in anderen Beziehungen höchst nachtheilig auf Producenten und Consumenten gewirkt hat, und deren Nachtheil selbst durch die teutsche Rechtsparömie: Vierzehn Hand werke, funfzehn Unglücke, anerkannt und ausgesprochen wird. Hier kann eine Vereinfachung auf gesetzlichem Wege nur förderlich sein, da durch die Verschmelzung mehrerer verwandten Innungen in eine einzige Zunft das Arbeitsgebiet, also auch die Möglichkeit zum Erwerbe und Verdienste jeder einzelnen Gilde erweitert, dagegen für das consumirende Publicum eine Menge Hindernisse und Plackereien aus dem Wege geräumt werden.

Daß endlich diejenigen, welche bei Störern und Pfuschern für sich arbeiten lassen, etwas Unrechtes oder Straffälliges nicht begehen, bedarf kaum der Erwähnung; obschon auch von dieser Regel hier und da Aus nahmen vorkommen, welche aber gewöhnlich in allgemeinen sicherheits- und wohlfahrtspolizeilichen Rücksichten ihren Grund haben.

Was die oben unter b) und c) erwähnten Bestandtheile des Bann rechtes der Handwerkszünfte anlangt, so sind diese, wie gedacht, heutzu tage theils zum Besten der in Städten wohnenden Consumenten, theils im Interesse der Dorfbewohner, hier und da auch in der Absicht, einer umfassenderen Gewerbsfreiheit den Weg zu bahnen, in sehr enge Gren zen zurückgewiesen, dahingegen das Einbringen auswärts gefertigter In nungsarbeiten in die Städte ebenso, als das Niederlassen zünftiger Hand werker auf dem Lande, selbst innerhalb des Stadtbannes, gar sehr erleich tert worden. In Sachsen sind die früherhin und hauptsächlich durch das Mandat vom 20. Januar 1767 deßhalb getroffenen Bestimmungen mit telst des Gesetzes vom 9. October 1840 sehr alterirt und die den städti schen Innungen hierunter zuständig gewesenen Verbietungsrechte außeror dentlich vermindert.

Die Zünftigkeit eines Handwerkes erreicht sein Ende theilweise durch die Verzichtsleistung auf einzelne Gerechtsame, durch die Extinctiv verjährung, endlich durch gesetzliche oder administrative Anordnungen, gänzlich aber durch freiwillige Auflösung des Innungsverbandes, durch gesetzliche oder durch Richterspruch erfolgte Cassation, so wie durch Be-

hrung desselben, zuletzt durch das gänzliche Aussterben aller die Innung ldenden Mitglieder. Hinsichtlich aller zuerst genannten Endigungsarten t etwas Eigenthümliches nicht anzuführen, da in Bezug auf diese die berhaupt deßhalb rechtlichen Grundsätze auch hier in Anwendung kommen. Nur rücksichtlich des Aussterbens einer Innung ist zu bemerken, daß ier, wie schon oben gedacht, der Rechtsgrundsatz gilt: universitas reservatur in uno, daß also ein Meister (nicht aber eine Meisterswitwe) die Innung hinsichtlich aller derjenigen Rechte repräsentirt, welche von einem Innungsmitgliede ausgeübt werden können, also Lehrlinge aufzudingen, Gesellen loszusprechen, Meister aufzunehmen, den Handwerkskram auszuüben, das Bannrecht in Anspruch zu nehmen. Dagegen müssen bei einer auf ein Mitglied reducirten Innung alle diejenigen Berechtigungen derselben in Wegfall kommen, welche Handwerksversammlungen voraussetzen und erfordern. Deßhalb können Innungen, welche aus weniger als drei Mitgliedern bestehen, keine neuen Meister ihres Mittels creiren, da zur Beurtheilung der Meisterstücke und Meistertüchtigkeit keine ausreichende Anzahl von Beurtheilern mehr vorhanden ist. Vorkommenden Falles hat man daher zwar die Anfertigung der Probestücken bei derartig reducirten Innungen zugelassen, jedoch die Beurtheilung, oder wenn die Beaufsichtigung der Probearbeiten zu viel Zeitaufwand erfordert, als daß ein oder zwei Personen dazu ausreichen könnten, auch deren Fertigung von einer auswärtigen, gleichartigen Innung erfordert und nur den Meisterspruch der ersteren nachgelassen.

Das Vermögen einer aufgelösten oder ausgestorbenen Zunft wird bonum vacans und über solches nach den jedesmaligen landesgesetzlichen Bestimmungen verfügt. (Vgl. den Art. Meister.) Herold.

Inquisition. Inquisitionsprozeß. General- und Specialinquisition. Kaum dürfte bei einem Rechtsinstitute eine historische Einleitung zum richtigen Verständniß nöthiger sein, als bei dem der Inquisition[1]), weil dieselbe durch das Andenken an die spanischen Geheimgerichte eine Nebenbedeutung erhalten hat, welche der ungelehrige Sinn Vieler zur Hauptbedeutung erhob, und sie dann folgeweise zu einem schlechthin verwerflichen Ueberreste des Zeitalters einer willkürlichen Hierarchie umzustempeln versucht wurde. Kann es auch nicht gänzlich geleugnet werden, daß dem Inquisitionsprincip noch manche fehlerhafte Zuthaten ankleben, welche aus jener Periode sich fortvererbt haben, so ist es doch ein grober Irrthum[2]), wenn man dem Glauben anhängen will, daß das

---

1) Vgl. besonders Thomasius, de origine processus inquisitorii. (Diss. Vol. III. nr. 88.) Henke, Grundriß einer Gesch. des teutschen peinlichen Rechtes (Sulzbach 1809), Th. I, S. 258 flg., Th. II, S. 208 flg. Biener, Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses. Leipzig 1827. — S. auch Kappler, Handbuch der Literatur des Criminalrechtes (Stuttgart 1838), S. 1005.

2) Durch politisches Räsonnement, durch Hereinziehen dieses Prozesses in das Zeitungsgebiet, wurde der Standpunkt einer parteilosen Kritik fast allenthalben und selbst im Kreise der Juristen verrückt, so daß man sich daran ge-

ganze Wesen der teutschen Untersuchungsführung in einem fortwäh[renden] Bestreben nach Ueberlistung, Einschüchterung und Quälerei der [Ange]schuldigten bestehe; im Gegentheile hat sich dieser Prozeß in un[sern] Tagen zu einem wahrhaft humanen, auf die bürgerliche Freiheit mögli[chst] billige Rücksicht nehmenden Institute ausgebildet; ja man darf noch wei[ter] gehen und behaupten, daß derselbe an wissenschaftlicher Anordnung u[nd] Gliederung alle ausländischen Prozeßarten weit übertrage[3]); denn ge[rade] das, was im teutschen Prozesse Jahrhunderte lang zum Gegenst[and] gründlicher Betrachtung der Theoretiker und Practiker gemacht wu[rde], nämlich die Erforschung materieller Wahrheit[4]), spielt im englisch-franz[ö]sischen Prozesse eine ziemlich untergeordnete Rolle; und worauf könnte es im Strafgebiete mehr ankommen, als auf zuverlässige Feststellung des Thatbestandes und der Thäterschaft? Es mag daher nur beiläufig hier angeführt werden, wie es bei der allerdings nicht mehr länger aufzuhal[]tenden Reform des teutschen Strafprozesses durchaus nicht rathsam er[]scheint, dem vielfältig und zwar zumal von Sachunkundigen geäußerten Verlangen nach einer gänzlichen Wegwerfung der bisherigen Untersuchungs[]regeln zu entsprechen. Gerade dann, wenn die teutschen Untersuchungs[]richter angewiesen würden, ihr Geschäft gleichmäßig wie die französischen Instructionsrichter zu verwalten, könnte die Befürchtung der Freunde guten Rechtes, daß mit der Reform die Gründlichkeit verloren ginge, in Erfüllung treten.

Der Inquisitionsprozeß hat sich, auf rein germanischen Grundlagen[5]), unter dem Einflusse römischer und canonischer Gesetze, allmälig bis zu dem Standpunkte entwickelt, auf welchem er jetzt steht, und die Idee, welche ihn vorzugsweise beherrscht, ist unstreitig in der weisen Fürsorge des Staates zu erkennen, daß alle Missethaten, wo und wie sie immer geschehen, mit alleiniger Ausnahme der kleinern Familienver[]gehen[6]), von Amtswegen verfolgt und somit vom Arme der Ge[]rechtigkeit ereilt werden.

---

wöhnte, das Inquisitionsprincip und den Absolutismus als nothwendig zusam[]menhängend anzusehen. Unter dieser Voraussetzung war es denn leicht, den Haß der Nation dagegen anzufachen. So ist z. B. in dem schätzbaren Staats[]lexikon von v. Rotteck und Welcker bei dem Worte Inquisition, ohne weitere Bemerkung, lediglich auf den Artikel Auto da Fe hingewiesen, wo dann alle Gräuel der spanischen Ketzergerichte aufgezählt werden. Bd. VIII, S. 376 und Bd. II, S. 80.

3) Bis vor wenigen Jahren besaß man z. B. in Frankreich gar keine wissenschaftliche Bearbeitung des Geschäftes der Instructionsrichter; sondern Alles schrieb und declamirte blos über das Verfahren vor den Assisen. Erst im Jahre 1839 erschien Duverger's treffliches Manuel des Juges d'instruction.

4) Hepp, Anklageschaft, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafver[]fahrens (Tübingen 1842), stellt mit Recht an die Spitze der Entwickelung der Grundprincips des Strafprozesses — die materielle Wahrheit §. 1—4.

5) Mittermaier, das teutsche Strafverfahren, 3. Aufl., Th. I, S. 10 flg. Henke, Gesch. des peinl. Rechtes Bd. I, S. 260. Zöpfl, das alte Bamberger Recht (Heidelberg 1839), S. 131.

6) Carpzov, pract. rer. crim. qu. CVII. nr. 23 sq., stellt als Kri[]terium des Umfanges eines Prozesses von Amtswegen auf:, ob durch die Ver

Ganz anders verhielt sich die Sache in ihren ersten Anfängen. eberall begannen die Rügen des Verbrechens mittels Selbsthilfe und enn es der Einzelne mit dem Einzelnen nicht aufnehmen zu können laubte, so wurden die ganzen Sippschaften und Stämme ins Mitleiden ezogen und es entstand ein kleiner Krieg[7]) von Haus zu Haus, welcher nit jener Blutrache[8]) endigte, von der wir noch schreckbare Ueberliefe= ungen besitzen.

Begreiflicherweise konnte ein solcher Zustand nicht lange bestehen, und nit der Einführung eines Richteramtes ging man eine Stufe höher und ief für Beleidigungen höherer Art unparteiische Männer[9]) zur Genugthuung oder Vermittelung auf. Die Freiheit stand aber, gestützt uf das Recht des Stärkeren, noch zu hoch, als daß man zum Zwecke er Strafe eine Beeinträchtigung derselben wagen durfte, und es waren azu auch keinerlei Anstalten getroffen; wonach sich das Auskunftsmittel ergab, den Uebelthäter zur Zahlung einer Geldbuße anzuhalten, welche Wehrgeld[10]) (compositio) genannt wurde. Die Richter bestimmten das Maß derselben und es währte nicht lange, bis da und dort Statute[11]) niedergeschrieben wurden, aus welchen gleichsam der Preis für jede sträfliche Rechtsverletzung zu ersehen war. Damals befand sich der Strafprozeß in ganz gleicher Lage mit dem Civilprozesse; nicht nur weil der Satz galt: wo kein Kläger, ist kein Richter, sondern auch weil die Beweis= und Gegenbeweisführung lediglich den Parteien überlassen war, ohne daß der Richter sich nur erlauben durfte, auch seinerseits Nachforschungen anzustellen. Das ganze Strafsystem beruhte auf dem Princips des Ersatzes für rechtswidrige Beschädigung[12]). Wenn man das Verfahren von dieser Seite betrachtet, so dürfte man es kaum mit dem Namen eines Criminalrechtes belegen: denn hierzu gehört doch zuallernächst die Auffassung eines höheren Gesichtspunktes, nach welchem der Beleidigte nicht blos sein Leben, seine Freiheit und Ehre wie ein Vermögensstück taxiren und vergüten läßt, sondern vielmehr solche Urrechte als unersetzbar

---

brechen die öffentliche Ruhe und Sicherheit gestört wurde. S. auch Gönner, im n. Archiv des Criminalrechtes VII. S. 459. P. G.=O. Art. 118—120, 165.

7) Genannt Faida (Fehde). Meyer, esprit, origine et progrès des institutions judiciaires. (Paris 1823.) Tom. I. p. 52. 130.

8) Biener, Gesch. des Inquisitionsproz. S. 3.

9) Diese waren zuerst die Könige selbst, dann ihre Commitirten (missi regii), Centgrafen u. s. w. Maurer, Geschichte des altgermanischen Gerichtsverfahrens (Heidelberg 1824), §. 54.

10) Kaestner, diss. de Werigeldo. Lips. 1742. J. Weiske, über Wehrgeld und Buße, in seinen Abhandlungen aus dem Gebiete des teutschen Rechtes Abh. 6. J. Grimm, über eine eigene altgermanische Weise der Mordsühne, in der Zeitschrift für gesch. Rechtsw. von v. Savigny, Bd. I, Abh. 14, S. 323. Meyer l. c. T. I. p. 133.

11) So z. B. die Sachsenbuße. Themis, Zeitschr. von Elvers, Bd. II, Abh. 16, S. 394.

12) Maurer a. a. O. §. 4. Biener, a. a. O. S. 3, nennt die Abfindungssumme Vergleichsquanta.

vollzogen werden, zu Lehrbriefen, Meisterscheinen und anderen Innungszeugnissen, keineswegs aber von den Handwerksbeamten in ihren Privatangelegenheiten gebraucht werden. Damit dieser sich eigentlich von selbst verstehenden Vorschrift desto pünktlicher nachgekommen werde, ist in einigen Particulargesetzgebungen, wie z. B. in der des Königreiches Sachsen, noch besonders angeordnet, daß der zu einer Innung verordnete obrigkeitliche Deputirte nicht nur alle Handwerkszeugnisse und Documente mit vollziehe, sondern auch das Handwerkssiegel in seiner Bewahrung behalte. Das Recht der Innungen, zu ihren Rechtsangelegenheiten Specialsyndicen zu ernennen, ist eine Folge davon, daß man sie als eigentliche Corporationen im rechtlicher Bedeutung Staatswegen anerkennt und demgemäß die Grundsätze und Vorschriften des römischen Rechtes über die universitates auf sie allenthalben in Anwendung bringt.

Der Handwerkskram ist das in neueren Zeiten den Mitgliedern der Handwerksinnungen eingeräumte Befugniß, mit ihren Fabrikaten in ihren Wohnorten, auf Jahrmärkten und Messen Handel zu treiben. Dieses Befugniß ist der Natur der Sache und dem rechtlichen Verhältniß nach nur ein accessorisches. Denn ursprünglich steht den Handwerkern nur zu, auf Bestellung zu arbeiten. Allein in Folge der Concurrenz und des steigenden Luxus waren sie gezwungen, ihre Fabrikate in Vorrath und zur beliebigen Auswahl der Consumenten anzufertigen, woraus sich denn der Kram von selbst bildete. Aus dieser Darstellung folgt nun aber auch zugleich der überall giltige Rechtsgrundsatz, daß Handwerker nur mit den von ihnen selbst gefertigten Artikeln, keineswegs aber mit von Dritten und anders woher bezogenen Gegenständen ihres Handwerkes Handel treiben dürfen. Zwar finden sich auch Ausnahmen von diesem Principe und demselben gegentheilige Zustände, allein dann sind diese nicht zu präsumiren und bestrittenen Falles von den betreffenden Handwerkern zu erweisen. Eben dasselbe gilt dann, wenn die Handwerker mit dem Sonderverkaufe der rohen, zu ihren Fabrikaten erforderlichen, Producte berechtigt zu sein beanspruchen. Ueberhaupt gibt die Berechtigung zum Handwerkskrame und die dabei einschlagende Frage, ob und wie weit in denjenigen Städten, wo neben den Handwerkszünften Handelscorporationen oder Krameinnungen bestehen, die häufigste Veranlassung zu Streitigkeiten nicht nur unter den ersteren selbst, sondern namentlich auch zwischen diesen und den letzteren, da zum öftersten Fälle vorkommen, wo die Frage entsteht, ob eine Arbeit an einem Fabrikate den betheiligten Arbeitsthersteller auch zum Verkaufe des letzteren, als seines Fabrikates berechtigt, indem in gar vielen Fällen die rechtlichen Erfordernisse der specificatio sich nicht herausstellen wollen, sonach aber auch die Rechtswirkungen der letzteren sich nicht in Anwendung bringen lassen, z. B. wenn ein Gürtler die Fabrikate der Roth- und Gelbgießer vergoldet, wenn ein Zinngießer oder ein Silberarbeiter einen zinnernen oder silbernen Deckel auf einem Glaskruge anbringt u. s. w. Die specielle Entscheidung dieser und ähnlicher Fragen fehlt in iure scripto, und ist daher lediglich administrativem Ermessen oder der Rechtsansicht der Gerichts- und Spruchhöfe überlassen. Eine andere hier einschlagende und

für die betreffenden Personen nicht unwichtige Rechtsfrage ist die, ob und in wie weit Handwerker zur Ausübung des ihnen zukommenden Handwerkskrames dritter Personen sich bedienen dürfen oder nicht. Da auch hierüber die positiven Gesetzgebungen klare und ausreichende Bestimmungen nicht enthalten, so müssen auch hier allerwärts die sententiae in foro receptae die Entscheidungen begründen. Im Königreiche Sachsen ist zu wiederholten Fällen übereinstimmend dahin gesprochen worden, daß Handwerker zu Betreibung des Handwerkskrames sich nicht nur der Mitglieder ihrer Familie und des in ihrem Lohne und Brote stehenden Gesindes bedienen, sondern auch einen besonderen Verkaufsdiener halten dürfen, daß sie dagegen den Handwerkskram nicht auf dritte zu demselben nicht befugte Personen übertragen können.

Das hauptsächlichste Recht der anerkannten Innungen endlich ist das Bannrecht, jenes zum schnelleren Aufkommen der Städte und ihrer Gewerbe im Mittelalter angenommene, schon im Sachsenspiegel enthaltene Recht, daß eine Stadt nur außerhalb des Bereiches einer Meile von einer anderen schon bestehenden Stadt angelegt werden könne. Daher erstreckte sich auch früherhin das Bannrecht der Handwerksinnungen auf eine Meile weit von ihrer Stadt ab, was jedoch in der Folge durch die Particulargesetzgebungen modificirt wurde, wie z. B. im Königreiche Sachsen das Bannrecht im allgemeinen auf eine Viertelmeile von jeder Stadt durch die Landesordnung von 1482 bestimmt wurde. Doch kommen einzelne Innungen vor, welchen vermöge besonderer Rechtstitel ein weiteres Bannrecht zur Seite steht. Dieses enthält das Verbot a) des Anfertigens ihrer Handwerkswaaren an dem Orte ihres Sitzes durch dritte, in ihre Mitte nicht aufgenommene Personen; b) des Einbringens ihrer Waaren von außerhalb, die Zeiten der Jahrmärkte und Messen ausgenommen, und c) des Niederlassens von Professionisten ihrer Art auf dem Lande überhaupt oder doch in einer gewissen Entfernung von ihren Wohnstädten. Von diesen drei Befugnissen ist zur Zeit nur das erste noch allerorts in Teutschland, wo die Zunftverfassung gilt, ohne wesentliche Schmälerung geblieben, wogegen die beiden letzteren durch die verschiedenen Particulargesetzgebungen auf das verschiedenartigste modificirt und theilweise bedeutend gemindert, ja in der Hauptsache eigentlich aufgehoben worden sind.

Die Anfertigung von zünftigen Handwerksartikeln in einer Stadt, wo eine betheiligte Innung ist, von Personen, welche nicht zu letzterer gehören, wird Störerei oder Pfuscherei genannt, welche allenthalben, wo Zünfte gesetzlich bestehen, als straffälliges Gebahren von den Gesetzen geahndet wird, gewöhnlich mit durch Hinwegnahme der Arbeiten, so wie des dazu gehörigen Materiales und des Handwerkszeuges. In früheren Zeiten war das Auftreiben der Störer und Pfuscher den Innungen selbst überlassen, was aber zu den schreiendsten Ungebührnissen führte, weßhalb später in fast allen teutschen, hierüber normirenden Gesetzgebungen diese Eigenmacht und Selbsthilfe den Innungen genommen, dagegen die schleunigste Beihilfe Seiten der Obrigkeiten zugesagt worden ist, wie in Sachsen durch das Mandat von 1780 Cap. III, §. 28.

Der Begriff der Störerei fällt aber bei denjenigen Personen we[g], welchen exceptionell durch die Gesetze das Anfertigen von zünftigen Han[d]werksarbeiten gestattet worden ist, wie dieß z. B. beinahe überall in de[n] teutschen Landen rücksichtlich der Taubstummen, Soldaten und der con[-]cessionirten Fabriken stattfindet; ferner bei denjenigen Arbeiten, welche irgend Jemand zu seinem eigenen Gebrauche entweder selbst fertigt oder durch das in seinem Lohne und Brote stehende Gesinde herstellen läßt.

Die vielfältigsten Collisionen hinsichtlich dieses Theiles des Bann[-]rechtes stellten sich aber nächst den Reibungen mit den Handels- und Kra[-]merinnungen durch die sogen. Verwandtschaft der verschiedenen Innungen und ihrer Arbeitsgebiete nach Material, Arbeitsmethode und Handwerks[-]zeugen, Ineinandergreifen und Zusammenarbeiten, Namen und Formen der Arbeiten heraus, und es fällt in praxi sehr oft schwer, zu entschei[-]den, welcher Innung eine gewisse Arbeit ausschließend zuzusprechen sei. Dies ist eine Folge von der gar zu großen Spaltung und Absonderung der Handwerke in Specialinnungen, welche auch in anderen Beziehungen höchst nachtheilig auf Producenten und Consumenten gewirkt hat, und deren Nachtheil selbst durch die teutsche Rechtsparömie: Vierzehn Hand[-]werke, funfzehn Unglücke, anerkannt und ausgesprochen wird. Hier kann eine Vereinfachung auf gesetzlichem Wege nur förderlich sein, da durch die Verschmelzung mehrerer verwandten Innungen in eine einzige Zunft das Arbeitsgebiet, also auch die Möglichkeit zum Erwerbe und Verdienste jeder einzelnen Gilde erweitert, dagegen für das consumirende Publicum eine Menge Hindernisse und Plackereien aus dem Wege geräumt werden.

Daß endlich diejenigen, welche bei Störern und Pfuschern für sich arbeiten lassen, etwas Unrechtes oder Straffälliges nicht begehen, bedarf kaum der Erwähnung; obschon auch von dieser Regel hier und da Aus[-]nahmen vorkommen, welche aber gewöhnlich in allgemeinen sicherheits- und wohlfahrtspolizeilichen Rücksichten ihren Grund haben.

Was die oben unter b) und c) erwähnten Bestandtheile des Bann[-]rechtes der Handwerkszünfte anlangt, so sind diese, wie gedacht, heutzu[-]tage theils zum Besten der in Städten wohnenden Consumenten, theils im Interesse der Dorfbewohner, hier und da auch in der Absicht, einer umfassenderen Gewerbsfreiheit den Weg zu bahnen, in sehr enge Gren[-]zen zurückgewiesen, dahingegen das Einbringen auswärts gefertigter In[-]nungsarbeiten in die Städte ebenso, als das Niederlassen zünftiger Hand[-]werker auf dem Lande, selbst innerhalb des Stadtbannes, gar sehr erleich[-]tert worden. In Sachsen sind die früherhin und hauptsächlich durch das Mandat vom 20. Januar 1767 deßhalb getroffenen Bestimmungen mit[-]telst des Gesetzes vom 9. October 1840 sehr alterirt und die den städti[-]schen Innungen hierunter zuständig gewesenen Verbietungsrechte außeror[-]dentlich vermindert.

Die Zünftigkeit eines Handwerkes erreicht sein Ende theilweise durch die Verzichtsleistung auf einzelne Gerechtsame, durch die Extinctiv[-]verjährung, endlich durch gesetzliche oder administrative Anordnungen, gänzlich aber durch freiwillige Auflösung des Innungsverbandes, durch gesetzliche oder durch Richterspruch erfolgte Cassation, so wie durch Be[-]

hrung desselben, zuletzt durch das gänzliche Aussterben aller die Innung ldenden Mitglieder. Hinsichtlich aller zuerst genannten Endigungsarten t etwas Eigenthümliches nicht anzuführen, da in Bezug auf diese die berhaupt deßhalb rechtlichen Grundsätze auch hier in Anwendung kommen. Nur rücksichtlich des Aussterbens einer Innung ist zu bemerken, daß ier, wie schon oben gedacht, der Rechtsgrundsatz gilt: universitas reseratur in uno, daß also ein Meister (nicht aber eine Meisterswitwe) die Innung hinsichtlich aller derjenigen Rechte repräsentirt, welche von einem Innungsmitgliede ausgeübt werden können, also Lehrlinge aufzudingen, Gesellen loszusprechen, Meister aufzunehmen, den Handwerkskram auszuiben, das Bannrecht in Anspruch zu nehmen. Dagegen müssen bei einer uf ein Mitglied reducirten Innung alle diejenigen Berechtigungen derelben in Wegfall kommen, welche Handwerksversammlungen voraussetzen und erfordern. Deßhalb können Innungen, welche aus weniger als drei Mitgliedern bestehen, keine neuen Meister ihres Mittels treiren, da zur Beurtheilung der Meisterstücke und Meistertüchtigkeit keine ausreichende Anzahl von Beurtheilern mehr vorhanden ist. Vorkommenden Falles hat man daher zwar die Anfertigung der Probestücken bei derartig reducirten Innungen zugelassen, jedoch die Beurtheilung, oder wenn die Beaufsichtigung der Probearbeiten zu viel Zeitaufwand erfordert, als daß ein oder zwei Personen dazu ausreichen könnten, auch deren Fertigung von einer auswärtigen, gleichartigen Innung erfordert und nur den Meisterspruch der ersteren nachgelassen.

Das Vermögen einer aufgelösten oder ausgestorbenen Zunft wird bonum vacans und über solches nach den jedesmaligen landesgesetzlichen Bestimmungen verfügt. (Vgl. den Art. Meister.) Herold.

Inquisition. Inquisitionsprozeß. General- und Specialinquisition. Kaum dürfte bei einem Rechtsinstitute eine historische Einleitung zum richtigen Verständniß nöthiger sein, als bei dem der Inquisition [1]), weil dieselbe durch das Andenken an die spanischen Geheimgerichte eine Nebenbedeutung erhalten hat, welche der ungelehrige Sinn Vieler zur Hauptbedeutung erhob, und sie dann folgeweise zu einem schlechthin verwerflichen Ueberreste des Zeitalters einer willkürlichen Hierarchie umzustempeln versucht wurde. Kann es auch nicht gänzlich geleugnet werden, daß dem Inquisitionsprincip noch manche fehlerhafte Zuthaten ankleben, welche aus jener Periode sich fortvererbt haben, so ist es doch ein grober Irrthum [2]), wenn man dem Glauben anhängen will, daß das

---

1) Vgl. besonders Thomasius, de origine processus inquisitorii. (Diss. Vol. III. nr. 88.) Henke, Grundriß einer Gesch. des teutschen peinlichen Rechtes (Sulzbach 1809), Th. I, S. 258 flg., Th. II, S. 208 flg. Wiener, Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses. Leipzig 1827. — S. auch Kappler, Handbuch der Literatur des Criminalrechtes (Stuttgart 1838), S. 1005.

2) Durch politisches Räsonnement, durch Hereinziehen dieses Prozesses in das Zeitungsgebiet, wurde der Standpunkt einer parteilosen Kritik fast allenthalben und selbst im Kreise der Juristen verrückt, so daß man sich daran ge-

ganze Wesen der teutschen Untersuchungsführung in einem fortwährenden Bestreben nach Ueberlistung, Einschüchterung und Quälerei der Angeschuldigten bestehe; im Gegentheile hat sich dieser Prozeß in unsern Tagen zu einem wahrhaft humanen, auf die bürgerliche Freiheit möglichst billige Rücksicht nehmenden Institute ausgebildet; ja man darf noch weiter gehen und behaupten, daß derselbe an wissenschaftlicher Anordnung und Gliederung alle ausländischen Prozeßarten weit übertrage[3]); denn gerade das, was im teutschen Prozesse Jahrhunderte lang zum Gegenstande gründlicher Betrachtung der Theoretiker und Practiker gemacht wurde, nämlich die Erforschung materieller Wahrheit[4]), spielt im englisch-französischen Prozesse eine ziemlich untergeordnete Rolle; und worauf könnte es im Strafgebiete mehr ankommen, als auf zuverlässige Feststellung des Thatbestandes und der Thäterschaft? Es mag daher nur beiläufig hier angeführt werden, wie es bei der allerdings nicht mehr länger aufzuhaltenden Reform des teutschen Strafprozesses durchaus nicht rathsam erscheint, dem vielfältig und zwar zumal von Sachunkundigen geäußerten Verlangen nach einer gänzlichen Wegwerfung der bisherigen Untersuchungsregeln zu entsprechen. Gerade dann, wenn die teutschen Untersuchungsrichter angewiesen würden, ihr Geschäft gleichmäßig wie die französischen Instructionsrichter zu verwalten, könnte die Befürchtung der Freunde guten Rechtes, daß mit der Reform die Gründlichkeit verloren ginge, in Erfüllung treten.

Der Inquisitionsprozeß hat sich, auf rein germanischen Grundlagen[5]), unter dem Einflusse römischer und canonischer Gesetze, allmälig bis zu dem Standpunkte entwickelt, auf welchem er jetzt steht, und die Idee, welche ihn vorzugsweise beherrscht, ist unstreitig in der weisen **Fürsorge des Staates** zu erkennen, **daß alle Missethaten**, wo und wie sie immer geschehen, mit alleiniger Ausnahme der kleinern Familienvergehen[6]), von Amtswegen verfolgt und somit **vom Arme der Gerechtigkeit ereilt werden.**

---

wöhnte, das Inquisitionsprincip und den Absolutismus als nothwendig zusammenhängend anzusehen. Unter dieser Voraussetzung war es denn leicht, den Haß der Nation dagegen anzufachen. So ist z. B. in dem schätzbaren **Staatslexikon** von v. **Rotteck** und **Welcker** bei dem Worte **Inquisition**, ohne weitere Bemerkung, lediglich auf den Artikel **Auto da Fe** hingewiesen, wo dann alle Gräuel der spanischen Ketzergerichte aufgezählt werden. Bd. VIII, S. 376 und Bd. II, S. 80.

3) Bis vor wenigen Jahren besaß man z. B. in Frankreich gar keine wissenschaftliche Bearbeitung des Geschäftes der Instructionsrichter; sondern Alles schrieb und declamirte blos über das Verfahren vor den Assisen. Erst im Jahre 1839 erschien **Duverger's** treffliches Manuel des Juges d'instruction.

4) **Hepp**, Anklageschaft, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens (Tübingen 1842), stellt mit Recht an die Spitze der Entwickelung des **Grundprincips** des Strafprozesses — die **materielle Wahrheit** §. 1—4.

5) **Mittermaier**, das teutsche Strafverfahren, 3. Aufl., Th. I, S. 10 flg. **Henke**, Gesch. des peinl. Rechtes Bd. I, S. 260. **Zöpfl**, das alte Bamberger Recht (Heidelberg 1839), S. 131.

6) **Carpzov**, pract. rer. crim. qu. CVII. nr. 23 sq., stellt als Kriterium des Umfanges eines Prozesses von Amtswegen auf: ob durch ein Ver-

Ganz anders verhielt sich die Sache in ihren ersten Anfängen. berall begannen die Rügen des Verbrechens mittels Selbsthilfe und :nn es der Einzelne mit dem Einzelnen nicht aufnehmen zu können aubte, so wurden die ganzen Sippschaften und Stämme ins Mitleiden zogen und es entstand ein kleiner Krieg[7]) von Haus zu Haus, welcher it jener Blutrache[8]) endigte, von der wir noch schreckbare Ueberliefe- ungen besitzen.

Begreiflicherweise konnte ein solcher Zustand nicht lange bestehen, und it der Einführung eines Richteramtes ging man eine Stufe höher und ef für Beleidigungen höherer Art unparteiische Männer[9]) zur Genugthuung oder Vermittelung auf. Die Freiheit stand aber, gestützt uf das Recht des Stärkeren, noch zu hoch, als daß man zum Zwecke er Strafe eine Beeinträchtigung derselben wagen durfte, und es waren azu auch keinerlei Anstalten getroffen; wonach sich das Auskunftsmittel rgab, den Uebelthäter zur Zahlung einer Geldbuße anzuhalten, welche Wehrgeld[10]) (compositio) genannt wurde. Die Richter bestimmten as Maß derselben und es währte nicht lange, bis da und dort Sta- tute[11]) niedergeschrieben wurden, aus welchen gleichsam der Preis für jede sträfliche Rechtsverletzung zu ersehen war. Damals befand sich der Strafprozeß in ganz gleicher Lage mit dem Civilprozesse; nicht nur weil der Satz galt: wo kein Kläger, ist kein Richter, sondern auch weil die Beweis- und Gegenbeweisführung lediglich den Parteien überlassen war, ohne daß der Richter sich nur erlauben durfte, auch seinerseits Nachfor- schungen anzustellen. Das ganze Strafsystem beruhte auf dem Princip des Ersatzes für rechtswidrige Beschädigung[12]). Wenn man das Ver- fahren von dieser Seite betrachtet, so dürfte man es kaum mit dem Namen eines Criminalrechtes belegen: denn hierzu gehört doch zuallernächst die Auffassung eines höheren Gesichtspunktes, nach welchem der Beleidigte nicht blos sein Leben, seine Freiheit und Ehre wie ein Vermögensstück taxiren und vergüten läßt, sondern vielmehr solche Urrechte als unersetzbar

---

brechen die öffentliche Ruhe und Sicherheit gestört wurde. S. auch Gön- ner, im n. Archiv des Criminalrechtes VII. S. 459. P. G.-O. Art. 118— 120, 165.

7) Genannt Faida (Fehde). Meyer, esprit, origine et progrès des institutions judiciaires. (Paris 1823.) Tom. I. p. 52. 130.

8) Biener, Gesch. des Inquisitionsproz. S. 3.

9) Diese waren zuerst die Könige selbst, dann ihre Committirten (missi regii), Centgrafen u. s. w. Maurer, Geschichte des altgermanischen Gerichts- verfahrens (Heidelberg 1824), §. 54.

10) Kaestner, diss. de Werigeldo. Lips. 1742. J. Weiske, über Wehrgeld und Buße, in seinen Abhandlungen aus dem Gebiete des teut- schen Rechtes Abh. 6. J. Grimm, über eine eigene altgermanische Weise der Mordsühne, in der Zeitschrift für gesch. Rechtsw. von v. Savigny, Bd. I, Abh. 14, S. 323. Meyer l. c. T. I. p. 133.

11) So z. B. die Sachsenbuße. Themis, Zeitschr. von Elvers, Bd. II, Abh. 16, S. 394.

12) Maurer a. a. O. §. 4. Biener, a. a. O. S. 3, nennt die Ab- findungssumme Vergleichsquanta.

ansieht und folgeweise deren Verletzer zu einer Rüge heranzieht, weil nicht minder eine Warnung vor künftiger derartigen Gewaltthätigkeit im eigenen, als zugleich auch im allgemeinen, öffentlichen Interesse enthält.

Zu dieser Einsicht gelangte denn auch ein jedes Volk, nachdem es die vorigen Stadien politischer Kindheit überwunden hatte, und es stellte sich nunmehr ein volksthümliches Rügesystem[13]) ein, vermöge welches nicht blos der Beleidigte, sondern ein jeder freie Bürger, dem an der Integrität des Gemeinwesens etwas gelegen ist, mit einer Anklage wegen eines verübten Verbrechens vor Gericht auftreten darf[14]), ja er sogar muß, wenn darüber besondere Vorschriften bestehen[15]). Hierin liegt der erste Schritt zu einer richtigeren Auffassung der Sache. Im wohlgeordneten Staate sollten immer Alle für Einen und Einer für Alle stehen, zumal wenn es sich um Verletzung unveräußerlicher Güter handelt: denn wer steht dafür, daß ein keckes Subject, nachdem ihm heute eine verbrecherische That gelungen und ungerügt durchgegangen ist, morgen auf eine noch grellere Art an einem anderen Staatsbürger sich vergreift[16]) und so in seinem Uebermuthe fort und fort wuchert, bis am Ende das lockende Beispiel Nachahmung findet, und so die allgemeine Sicherheit gänzlich zu Grunde gerichtet wird. Ist es also nicht das Mitgefühl für das Schicksal Anderer, so muß fürwahr schon der Selbsterhaltungstrieb[17]), der Egoismus, dazu auffordern, den Verbrechern auf die Fährte zu gehen, damit sie von vorn herein gleich gehörig abgeschreckt werden.

Für unser aufgeklärtes Jahrhundert wäre es sehr vortheilhaft, wenn die jetzige Generation diese letztere Wahrheit so gut begreifen wollte, als die Voreltern in der alten Welt. Man hat sich aber gewöhnt, die Verfolgung der Verbrecher lediglich den Staatsbehörden zu überlassen, weil man denkt, daß diese einmal dazu da seien und mithin auch im Stande, Alles, was Strafwürdiges vorgeht, zu entdecken[18]); ja es wird die Zurückhaltung von aller Theilnahme an den Zwecken der Strafjustiz mitunter so weit getrieben, daß Leute, welche zufällig zu einer Gesetzesübertretung hinzukommen, sich geflissentlich davon machen, damit sie kein

13) Die erste Spur davon findet sich schon in den Capitul. I. a. 802. Cap. 25.

14) Malblank, diss. de iudiciis, quae Rügegerichte vocantur. Tüb. 1773. Eberhard, von dem geschornen Montag oder den Rügegerichten. Marburg 1768.

15) Geib, Gesch. des römischen Criminalproz. (Leipzig 1842), S. 524.

16) Criminalistische Zeitung von Temme und Körner (Berlin 1843), S. 17.

17) Bei Romagnosi, Genesis des Strafrechtes, übers. von Luden (Jena 1833), Bd. I, §. 129, heißt es: Es ist das Recht auf Glückseligkeit selbst, welches sich unter der Form der Erhaltung des Daseins, des Eigenthumes, der Freiheit, der Sicherheit u. s. w. darstellt.

18) Schon um die römische Kaiserzeit fing diese Ansicht an aufzukommen. Cicero, de offic. II. 14. Quintilian. Inst. orat. XII. 7. Geib, Gesch. des römischen Criminalproz. S. 523.

eugniß geben müssen[19]). Dürfte man nicht die Hoffnung hegen, daß urch die Einführung eines öffentlich-mündlichen Verfahrens das Interesse für diesen hochwichtigen Zweig der Staatsverwaltung aufs Neue ngeregt werden wird, so wäre in der That zu besorgen, daß auf solchem Wege die günstigen Ergebnisse des Strafprozesses immer mehr beschränkt md verkümmert werden.

Anderentheils hat aber jene Einrichtung einer allgemeinen Berechtigung und Pflicht zur Anklage die nachtheilige Folge, daß Personen, welche unmittelbar bei dem Vorfalle nicht betheiligt sind, sich zu der Gefahr hergeben müssen, gefährliche Menschen zu verfolgen[20]) und einen Prozeß gegen sie zu veranlassen, der möglicherweise ganz anders ausfallen kann, als man sich erwartete, und dann umgekehrt dem anscheinend unschuldig Verfolgten zu einer Genugthuungsklage Stoff gibt, der unnütz aufgewendeten Kosten nicht zu gedenken. Allerdings nimmt hier schon der Staat thätigeren Antheil an dem Geschäfte der Beweisführung[21]) und er überläßt sonach auch das Risico nicht allein dem Ankläger[22]); aber es ist denn doch der erste Schritt, nämlich der der Anklage, der wichtigste, und wer damit nicht durchdringt, hat mindestens die Meinung gegen sich, daß er voreilig oder leidenschaftlich gehandelt habe.

Deßhalb kann sich das System der Popularanklage, wenigstens als ausschließend, nirgends längere Zeit halten. Schon bei den Atheniensern traten bald inquisitorische Elemente hinzu, vermöge welcher es der öffentlichen Behörde nicht nur freistand, eine Anklage unberücksichtigt abzuweisen, sondern auch verstattet war, kraft eigener Machtvollkommenheit gegen Verbrecher, die durch das Gerücht als solche bezeichnet wurden, einzuschreiten[23]). Dort war der Grund einer solchen Aenderung des Grundsatzes besonders darin zu finden, daß man der Verfolgungssucht und Willkür einzelner Mächtigen einen wirksamen Damm entgegensetzen wollte, und es ist dieses besonders jetzt bemerkenswerth, wo man umgekehrt wieder das Inquisitionsprincip als eine Erfindung des Despotismus zu verschreien sucht. Es ergibt sich aber daraus nur, wie jede Staatseinrichtung für gut oder schlecht gehalten werden kann, je nachdem sie von den Beamten

---

19) Interessant sind hierüber die Bemerkungen in Bentham's Grundsätzen der Criminalpolitik, dargestellt von Hepp (Tübingen 1839), §. 80.

20) v. Jagemann, Handbuch der gerichtl. Untersuchungskunde Bd. I (Frankfurt 1838), §. 451.

21) Geib a. a. O. S. 258.

22) Carpzov., pract. rer. crim. Pars. III. quaest. CIV. nr. 8., meint zwar, daß auch in späteren Zeiten diese Prozeßart sich ganz nach den Regeln des Civilprozesses gerichtet habe; allein er kannte den Anklageprozeß nicht aus eigener Anschauung (cf. nr. 7. eod.) und es ist gewiß, daß schon im Bamberger Stadtrechte (im 14. Jahrhunderte) der Schultheiß und der Centgraf den Ankläger unterstützen oder eine von ihm aufgegebene Anklage wieder aufnehmen und fortsetzen durften. Zöpfl a. a. O. S. 135.

23) Dieser Officialprozeß hieß μήνυσις. Das Verfahren beruhte dann auf ähnlichen Fundamenten, wie heutzutage der auf einfache Bezüge eingeleitete Strafprozeß. Platner, der Prozeß und die Klagen bei den Attikern (Darmstadt 1824), Th. I, S. 354. Geib a. a. O. S. 103.

gehandhabt wird. Denkt man freilich an die großen Verirrung[en],
denen der Inquisitionsprozeß zur Zeit der Verfolgung von Hexen u[nd]
Zauberern unterlag, so darf nicht in Abrede gestellt werden, daß es wo[hl]
niemals eine größere Verirrung der Justiz gab; aber wer wollte so w[eit]
gehen, zu behaupten, daß von dieser Verfahrungsweise auch nur ei[ne]
Spur auf unsere Zeiten herübergekommen sei?

In Rom schwankte der Prozeß eine Zeit lang zwischen dem An-
klage- und Inquisitionsprincipe[24]). Zuerst wurde die Popularklage, in-
sofern sie vor die Volkscomitien gebracht werden sollte, auf das Organ
der Magistratspersonen beschränkt[25]), und zwar deßhalb, weil mit jenem
Staatskörper, vermuthlich in Folge widriger Erfahrungen, nicht mehr
beliebig ein Jeder, dem es gerade einfiel, verhandeln sollte, sondern ge-
wünscht wurde, daß die Vorträge auf eine geordnete gesetzliche Weise ge-
halten würden[26]). Man kann sich leicht vorstellen, daß die Anklagen,
wenn sie solchergestalt bei den Tribunen u. s. w. anhängig gemacht wur-
den, eine Revision und Läuterung zu erfahren hatten, und daß die An-
kläger, im Falle die Sache von vorn herein grundlos erschien, davon
abgemahnt wurden, so daß dieses Verfahren bereits Aehnlichkeit mit der
heutigen Anklage durch Staatsprocuratoren[27]) hatte.

Allein dieser Anfang eines Ueberganges der Prozeßbetreibung in die
Hände der Beamten erlitt dann wieder eine factische Beschränkung dadurch,
daß die Gerichtsbarkeit der Volkscomitien mehr und mehr beschränkt[28]),
ja zuletzt gänzlich aufgehoben wurde, so daß die ständigen Commissäre
der letzteren und des Staates, genannt Quästoren (*quaestiones per-
petuae*)[29]), fast allein im Besitze der Strafrechtspflege sich befanden.
Bei diesen durfte schon seit ihrem Bestehen von Seiten eines jeden Bür-
gers Anklage erhoben werden, und sie verhandelten ungefähr wie die heu-
tigen Untersuchungsrichter, nur mit dem Unterschiede, daß sie zugleich
auch zu der Aburtheilung, wozu sie jedoch mit anderen Rechtsverständi-
gen zu Rathe gingen, bevollmächtigt waren. Geht man übrigens näher
auf dieses Verhältniß ein, so erkennt man bald, daß die freiwillige An-
klage, aus der Mitte des Volkes in den meisten Fällen wohl nur den
Namen hergab, und die eigentlichen Verfolger der Verbrecher doch solche
Personen waren, die, wenn nicht dazu angestellt, sich doch ein ständiges
Geschäft daraus machten. Dieselben hießen Quadruplatores, insofern sie

---

24) Geib a. a. O. S. 535.

25) Diese waren in der Regel die Tribunen, außerdem aber auch die Aedi-
len, Prätoren und Quästoren. Geib a. a. O. S. 100.

26) Dazu wirkte auch der geschäftliche Grund mit, daß bekanntlich eine
solche urtheilende Volksversammlung nur je einen Tag lang dauerte und daher
möglichst gedrängte Verhandlungen nothwendig waren, um fertig zu werden.

27) Maurer, Gesch. des altgerm. Gerichtsverf. S. 146—154.

28) Am längsten mag sich, nach der Natur der Sache, wohl der Gebrauch
erhalten haben, die Anklagen wegen Staats- und Religionsverbrechen
vor den Comitien zu verhandeln.

29) Ueber die wahre Bedeutung dieses Wortes s. Hugo, Rechtsgesch.,
11. Aufl., S. 416, Anm. 2. Roßhirt, im n. Archiv des Criminalrechts
Bd. XI, S. 394.

ihre Anzeigegebühr aus dem Vermögen der Verurtheilten, Indices aber, insofern sie solche aus der Staatscasse erhielten[30]). Als dieses Belohnungssystem allgemein auch auf nichtständige Angeber ausgedehnt wurde, so entstand ganz begreiflich die Ansicht, daß die Klagerhebung kein ehrenvolles Geschäft sei[31]), und nun waren die Quadruplatores und Indices, mit Ausnahme der Anklagen von Seiten der Beschädigten und Verletzten selbst, Herren und Meister in der Verfolgung der Verbrechen. Da dieselben immer zugleich auf eine Prämie ausgingen, so läßt sich unbedenklich annehmen, daß sie bald ganz und gar von den Quästoren abhängig, d. h. instruirt wurden, wie sie sich im allgemeinen zu verhalten hatten, und wie sie im einzelnen Falle einschreiten mußten; kein Wunder also, daß dieser Accusationsprozeß allmälig in einen Inquisitionsprozeß, d. h. in ein Verfahren von Amtswegen überging, wenn auch zum Scheine[32]) immer noch eine Anklage erfordert wurde.

In dieser Beschaffenheit überkam das römische Recht auf unsere Voreltern; es mußte jedoch weitere Modificationen durch die Einwirkung der Glossatoren und der päbstlichen Verordnungen erleiden. Die Entstehungsarten eines kirchlichen Strafverfahrens waren:

a) Die Exceptio[33]). Wenn nämlich Jemand eine Person, die ihm im Wege stand, wie z. B. einen Ankläger, Zeugen oder Dienstconcurrenten, beseitigen wollte, so konnte er ein von derselben begangenes und noch nicht gerügtes Verbrechen zur Anzeige bringen; vermochte er den Beweis darüber zu führen, so war der Sieg gelungen[34]).

b) Daneben bestand die Accusatio im römischen[35]) Sinne fort, und eine förmliche Berechtigung erhielt

c) die Denunciatio. Diese hatte lange einen rein kirchlichen Charakter und führte nur zu eigentlichen Bußen[36]), während die erstere alle Verbrechen geistlicher und weltlicher Personen umfaßte. Endlich

d) bildete sich in der Notoria[37]) ein Ausgangspunkt zum Officialverfahren, d. h. es ward nun den Gerichten zur Pflicht gemacht, Ver-

---

30) Geib a. a. O. S. 104—106.

31) Geib a. a. O. S. 260. L. 4. C. Th. de accus. L. 4. C. J. ad Leg. Jul. repet.

32) Dem Wesen nach waren jene Hinterbringer keine Ankläger mehr, sondern Denuncianten, wie heutzutage die Gerichts- und Polizeidiener und wie in den römischen Provinzen die stationarii, curiosi, irenarchae und nunciatores. Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. IV, S. 38.

33) Auch dieser modus procedendi wurde auf römische Gesetzesstellen gestützt. Vgl. Biener, Gesch. des Inquisitionsproz. S. 18, Anm. 9.

34) Es erfolgte übrigens keine besondere Buße darauf, sondern sie bestand darin, daß der Angegriffene einen Nachtheil an seiner Ehre litt.

35) Diese sollte eigentlich der processus ordinarius bleiben; allein die Praxis gestaltete es anders. Carpzov., pract. rer. crim. P. III. quaest. CIV. nr. 1—7.

36) Ueber die weitere Ausbildung des Denunciationsprozesses s. den Art. Anzeige in diesem Werke.

37) Dieselbe stützt sich auf Paulus an die Galater V. 19—21. und ist sanctionirt durch Innocenz III. in c. 31. X. de simon. und c. 24. X. de acc.

brecher, die durch ein glaubwürdiges Gerücht als solche bezeichnet wurden zu verfolgen. Da es hier gar keines Anklägers bedurfte, so war di unverkennbar ein weiterer Schritt zur Selbstständigkeit der amtlichen Criminalprocedur und es schloß sich daran das Institut der bischöflichen Sendgerichte[38]), worunter eine Anzahl angesehener Personen zu verstehen ist, die bei der Ankunft der bischöflichen Visitatoren[39]) denselben zur weiteren Untersuchung angeben mußten, was die mala Fama über die Bewohner eines gewissen Sprengels ausgestreut hatte, und zugleich mußten dieselben dann auch den Beweis hierüber beschaffen.

Erst durch Innocenz III. ward nicht nur der Sache, sondern auch dem Namen nach die Inquisition eingeführt. In ihrem Ursprunge hatte sie nur den Zweck, gegen Geistliche und zwar auch gegen Corporationen einzuschreiten, wenn Nachtheiliges von denselben bekannt wurde. Dem Wesen nach war dieß kaum etwas Anderes, als eine Notoria mit feierlicheren Formen. Die üble Nachrede (infamia, suspicio) wurde dem Bezüchtigten (infamatus) durch einen Untersuchungscommissär vorgehalten und es stand dann ihm frei, nicht sowohl das Gerücht selbst, sondern auch die Statthaftigkeit des Verfahrens zu bekämpfen, und erst wenn diese Einwendungen durch ein Decret beseitigt waren, konnte das eigentliche Untersuchungsverfahren beginnen.

Damit wurde denn später auch die Denunciatio in der Art vereinigt[40]), daß neben der eingeleiteten Inquisition ein Denunciant auftreten konnte, mit dem Erbieten, das vorhandene Gerücht durch Beweis zu erhärten (inquisitio cum prosequente seu promovente)[41]). Hierbei war der Hauptunterschied von der reinen Inquisition, daß der Bezüchtigte, im Falle der Beweis nicht gelang, eine Verleumdungsklage gegen den Denuncianten hatte.

Die sogenannte Ketzerinquisition (inquisitio haereticae pravitatis) ist im Grunde nichts Anderes, als jene Inquisition, mit der Beigabe des Sendgerichtes, wie es die Notoria regulirt hatte. Allein dabei blieb es nicht allenthalben; es schlich sich namentlich der Mißbrauch ein, daß den Angeschuldigten die Namen der Angeber und Zeugen verheimlicht[42]) wurden, welches bei der ursprünglichen Inquisition nimmermehr

---

38) Am belehrendsten hierüber: Biener, Gesch. des Inquisitionsprozesses S. 28—38.

39) Ueber deren Ursprung Boehmer, ius eccles. III. 39. §. 17. Duranti, speculum Tom. III. Rubr. de inquis. §. quando autem und §. nunc tractemus.

40) Diese Art des Verfahrens bildet jetzt wohl die Regel in Teutschland, indem meistentheils ein Diener der Justiz oder Polizei die erste Anzeige von einem Verbrechen macht und sich fortan bemüht, die Beweismittel zu beschaffen. S. dieses Werk Bd. I, S. 340.

41) Duranti sagt a. a. O.: inquisitio solennis fit quocunque aliquo promovente et prosequente ipsam.

42) Henke, Handb. des Criminalrechtes Bd. IV, S. 44. In einem sehr seltenen, aber denkwürdigen Buche: Histoire de l'inquisition et son origine. Cologne 1693. heißt es S. 203: C'est en vain que l'accusé fait instance pour sçavoir les temoins, qui ont déposé contre lui; l'on continue

geschehen durfte. Hierin liegt augenscheinlich der Keim eines geheimen Verfahrens, welches sich nachher als ein wahrer Fluch aller derer ausbildete, welche mit der herrschenden Kirche zu dissentiren das Unglück hatten, und es fußen darauf[43]) auch die späteren Mißbräuche und Gewaltthaten der sogen. Vehmgerichte.

In Spanien begnügte man sich damit noch nicht, sondern es wurden öffentliche Ankläger[44]) bestellt, welche das Geschäft hatten, nicht nur alle vermeintlichen Feinde der Kirche, sondern auch andere der Regierung gefährlich scheinende Subjecte auf solchem Wege zu verfolgen.

Leicht ist es einzusehen, warum die Ankläger und Zeugen nicht mehr mit Namen genannt wurden, denn man ersparte dadurch denselben die Gefahr einer Calumnienstrafe, wenn sie gewissenlose Angaben gemacht hatten. Die natürliche Folge davon war, daß ein Jeder, der sich bei den kirchlichen oder weltlichen Oberen beliebt machen oder eine Anwartschaft auf die Gunst der Vorsehung, wie es der damalige Aberglaube mit sich brachte, erwerben wollte, unbedenklich auf den leisesten Argwohn, ja auf ein bloßes Dafürhalten, mit einer Denunciation auftreten konnte. Nimmt man dazu das furchtbare Gewaltmittel der Tortur[45]), so kann es gar nicht befremden, daß die meisten Untersuchungen gegen Ketzer und Hexen das Ergebniß einer Ueberweisung und Verurtheilung lieferten, ohne daß es für die mißhandelte Unschuld irgend eine andere Appellation als an das Jenseits gab[46]).

Daß auch in Teutschland die ersten Elemente des Strafprozesses accusatorisch[47]) waren, ist durch die Forschungen vieler verdienter Männer außer Zweifel gesetzt[48]); es sollte übrigens diese historische Wahrheit noch viel öfter und eindringlich[illegible] wiederholt werden, damit endlich das zur Verbesserung dieses in Verfall gerathenen Justizzweiges hier und da noch hinderlich in den Weg tretende Vorurtheil, als begehrten die

---

toujours à les lui celer. Il lui est seulement permis de les deviner et de demander, si ce ne sont pas tels et tels, qui sont ses ennemis.

43) Wigand, das Femgericht Westphalens (Hamm 1825), S. 358, Anm. 7.

44) Promotor fiscal. S. Henke a. a. O. S. 45.

45) Biener a. a. O. S. 73.

46) Es gereicht den germanischen Ländern zum Ruhme, daß sie sich, trotz der Zudringlichkeit der damit beauftragten Dominikaner und Franciskaner, einer so scheußlichen Procedur zu erwehren wußten. Es sind auch alle documentarischen Ueberreste der sogen. heiligen Inquisition in spanischer Sprache abgefaßt. Biener, Gesch. des Inquisitionsproz. S. 69.

47) S. den Art. Anklage in diesem Werke.

48) Eine hierher gehörige Stelle findet sich in den Capitularien Lib. VII. c. 359.: Placuit, ut nullus quemquam Clericorum vel laicorum de suspicione aliqua iudicare praesumat, similiter nec sine accusatore legitimo quispiam condemnetur, quia pessimum et periculosum est, quemquam de suspicione iudicare, aut sine legitimo accusatore quemquam damnare. S. auch Henke, Grundriß einer Geschichte des peinlichen Rechtes Bd. I, S. 171 flg. Maurer, Geschichte des altgerm. Gerichtsverf. §. 80. Biener, Gesch. des Inquisitionsproz. S. 119. Zöpfl, das alte Bamberger Recht §. 35.

Anhänger des Anklageverfahrens ein hierlands ganz neues Experim[ent] welches sich unseren Ueberlieferungen nimmermehr anbequemen lasse, [ra]sch beseitigt würde.

Die Germanen hatten, wie gesagt, gleichfalls eine Zeit, wo sie Verbrechen durch Blutrache zu vergelten suchten, und als dieses Fa[ust]recht ihren Sitten anfing zu widerstreben, trat das Mittel der Rüge [vor] richterlichen Beamten ein. Hierbei zeigt sich die Eigenthümlichkeit, [daß] der Ankläger mit Gehilfen auftreten mußte, welche nicht sowohl das B[e]weisfactum, als den bösen Leumund bekräftigen sollten. Es waren ih[rer] anfänglich zwei bis drei und später auch sieben, welche eidlich aussagten, daß sie dem Ankläger Wahrheit zutrauten (coniuratores), und man nannte diese Art der Ueberführung eine Uebersiebnung[49]).

Dagegen hatte der Angeklagte das Recht, sich durch einen Eid[50]) von dem Verdachte zu reinigen[51]), oder aber es stand ihm frei, je nach Alter und Stand, einen Zweikampf mit dem Ankläger zu bestehen, oder endlich wurden ihm auch gewisse Unschuldsproben auferlegt, die man Gottesurtheile nannte, über welche bereits so Vielerlei und in allen möglichen Formen berichtet worden ist, daß es kaum nöthig sein dürfte, hier noch ein Weiteres darüber zu sagen.

Eine nicht minder auffallende Erscheinung ist, daß in Teutschland in frühester Zeit schon öffentliche Ankläger (advocati de parte publica)[52]) vorkamen, welche wegen Verbrechen, die zunächst das Gemeinwesen gefährdeten, auftreten mußten, eine Erscheinung, die unserem Vaterlande um so mehr zur Zierde gereicht, als der so fein durchgebildete römische Staat niemals darauf verfiel, während es doch in die Augen springt, daß erst auf diesem Wege das niedrige Motiv der Rache, welches den Privatanklagen stets mehr oder minder zu Grunde liegt, hinweggeräumt werden kann. Man blieb auch nicht bei vereinzelten Versuchen stehen, sondern es bildete sich ein sogen. fiscalischer Prozeß[53]) überall förmlich aus und dauerte bis in die zweite Hälfte des vorigen Jahrhunderts fort.

---

49) Henke a. a. O. S. 172. Zöpfl a. a. O. S. 144.

50) Die Angeklagten durften auch ihrerseits zur größeren Bekräftigung Eideshelfer beiziehen.

51) Wiener a. a. O. S. 137. Dieser Eid hat sich ungeachtet seines nothwendigen Zusammenhanges mit dem Anklageprozesse, d. i. mit dem contradictorischen Verfahren, dennoch in manchen Ländern bis in unsere Tage neben dem Inquisitionsprincipe forterhalten. Just. Henr. Boehmer, diss. de usu iuramenti purgatorii in caus. crim. Halae 1732. (In Exercit. ad Pand. T. III. Ex. 48.) Abegg, historisch practische Erörterungen aus dem Gebiete des strafrechtl. Verf. Abh. 1, S. 1—150. Wendt, die teutsche Facultätspraxis in Strafrechtsfällen S. 154.

52) Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. IV, S. 47. Wiener a. a. O. S. 133.

53) Zunächst war die Wirksamkeit des advocatus fisci nur auf Amtsverbrechen und Verbrechen gegen die Staatshoheit beschränkt. Später wurde sie aber auf alle Verbrechen ausgedehnt, wegen deren keine Privatankläger auftraten. Bopp, in der v. Jagemann-Nöllner'schen Zeitschrift für teutsches Strafverf. Bd. II, S. 320, 326 flg. Maurer a. a. O. §. 119, 120.

Wäre es so geblieben, so darf man überzeugt sein, daß das teutsche Strafverfahren an der Hand einer so tief eingehenden und einsichtsvollen Doctrin zum ersten Muster für alle civilisirten Staaten sich gestaltet hätte, und wir würden jetzt nicht in der Lage sein, unsere nationalen Rechtsformen dem Auslande, wo sie zum Theil sehr verfälscht sind, wieder abzulauschen und abzuborgen[54]). Da kam aber die romanistische Jurisprudenz und die canonistische Hierarchie dazwischen, welche beiden geistigen Gewalten dem unbefangenen Wesen unserer Altvorderen so imponirten, daß dieselben, wenn gleich anfangs sehr widerstrebend, sich endlich gefallen ließen, daß das fremde Recht an die Stelle des eigenen gesetzt wurde. Alle teutschen Studenten, wenn sie irgend Anspruch auf höhere wissenschaftliche Bildung machen wollten, begaben sich nach Bologna, wo sie von germanischen Rechtsinstituten gar nichts, um so begeistertere Vorträge aber über das justinianische und päbstliche Recht hörten. Begreiflich ist es, daß alsdann die so erzogenen doctores iuris, wenn sie im Vaterlande ihr Wissen anwenden sollten, auf die einheimischen Gewohnheiten immer weniger Rücksicht nahmen, ja dieselben, als ihren Consequenzen im Wege stehend, zu verdrängen suchten.

In den reinen Anklageprozeß mischte sich daher das Inquisitionsprincip nach dem jüngsten Bestande des römischen Rechtes, insbesondere aber nach den Decretalen Innocenz III.[55]), wogegen an und für sich nichts zu erinnern wäre, wenn nicht diese Schlingpflanze den Urstamm allmälig überwuchert und erdrückt hätte.

Noch in der Bambergensis erkannten die Gesetzgeber kein anderes Princip an, als das der Anklage, und selbst in der Carolina ist dasselbe als Regel aufgestellt und nur ausnahmsweise des Einschreitens von Amtswegen gedacht[56]). Dieß beweist wohl am besten, daß man das fremde Recht so lange als möglich entfernt halten wollte.

Zum richtigen Verständnisse der nachfolgenden Perioden der Geschichte des teutschen Prozesses dürfte es wohl nicht am unrechten Platze sein, hier noch einen Ueberblick von dem Verfahren zu geben, wie es vor der Emanation der eben genannten Gesetzbücher eingehalten wurde. Durch

54) Wohl verdient es Beherzigung, was Maurer, a. a. O. S. 154, sagt: Aus diesem Allem scheint mir so viel hervorzugehen, daß Fiscal und Staatsbehörde gleichen Ursprunges sind, wofür außerdem auch noch der in Frankreich zuweilen vorkommende Name procureur fiscal spricht. Während jedoch Frankreichs Könige, zum größten Nutzen für Volk und Staat, dieses Institut immer mehr und mehr vervollkommneten, immer höher und höher stellten, ward demselben in Teutschland fast mit jedem Tage ein beschränkterer Gesichtskreis angewiesen, und so seine ursprüngliche Bedeutung in der Art sogar entstellt, daß man nur noch mit Hilfe der Geschichte den gemeinsamen Ursprung zu erkennen vermag.

55) Eine sehr anschauliche Uebersicht der hieraus hervorgehenden Grundsätze einer Procedur liefert Biener in seiner Gesch. des Inquisitionsproz. S. 48—54, wobei zugleich gezeigt wird, daß der Grundgedanke nicht neu, sondern schon in dem Prozesse auf Notoria und Infamia zu finden ist.

56) Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. IV, S. 48, 49.

die Entdeckungen von Handschriften über das alte Bamberger Recht[57] ist es in neuester Zeit möglich geworden, hierüber ziemlich vollständi Auskunft zu geben.

Es wurde bereits oben angedeutet, daß ein wesentliches Erforderni zur Einleitung einer Untersuchung von Altersher stets eine Anklage wa Diese konnte aber unter gewissen Umständen eben so leicht durchgef werden, als sie anderentheils bedenklich erschien. Es kam nämlich darau an, ob der Thäter wegen beschrieener oder unbeschrieener That[58] angezeigt wurde. Eine beschrieene That ward diejenige genannt, wo der Verbrecher entweder während oder unmittelbar nach der That betrof fen wurde. Gelang es, ihn sofort zu ergreifen, so war es eine hand hafte[59]) That, aber es gehörte dazu wesentlich auch die Erhebung eines Geschreies[60]) (Gerufte), d. h. es mußte vor dem Richter nachgewiesen werden, daß die Zeugen der That den Verbrecher als solchen angerufen hatten; welches nicht ohne tiefere Bedeutung war, indem man dabei wohl eine Probe suchte, ob der Angeklagte wirklich schon im ersten Augen blicke als der Thäter erkannt wurde, wie z. B. zur Nachtzeit, oder im Gedränge und Auflaufe[61]). Konnte das Beschrieensein bewahrheitet wer den, so war der Prozeß in Kurzem zu Ende, denn der Thäter durfte hier keine Einreden vorbringen und keinen Reinigungseid schwören, son dern er galt als vollständig überführt. Hatte man sich jedoch seiner nicht bemächtigt und konnte er nicht wieder ausfindig gemacht werden, so war wieder zu unterscheiden zwischen übernächtiger und nichtübernächtiger That. Im letzteren Falle sprach das Gericht, wenn nur das Gerufte dargethan war, sofort die Mordacht, d. i. ein Contumacial erkenntniß gegen den Flüchtigen[62]) aus[63]). Dieses Wort zeigt schon, daß ein solches Verfahren zunächst für das Verbrechen des Mordes aufgestellt war; aber es trat nachher eine ausdehnende Anwendung auf alle

57) Die reichste Ausbeute gab Zöpfl in dem schon angeführten Buche: Das alte Bamberger Recht als Quelle der Carolina (Heidelb. 1839), §. 1—11.

58) Mittermaier, das teutsche Strafverf. Bd. I, S. 69. Zöpfl a. a. O. S. 136.

59) Schon im Sachsenspiegel III. Art. 54, §. 4, ist hiervon die Rede: Daß ein Franke seinen Leib nicht verwirken mag, er werde denn in hanthaffter That ergriffen. Vgl. auch Schwabenspiegel Art. 24, §. 7.

60) Dazu war ein jeder Bürger, der zur Thatverübung kam, verpflichtet. Dreyer, Nebenstunden S. 79. Hauschild, Gerichtsverf. S. 167.

61) Gewiß liegt darin eine größere Garantie für die Glaubwürdigkeit der Zeugen, als wenn sie erst hintennach sich besprechen und oft erst durch Combinationen oder durch das Gerücht darauf geleitet werden, Diesen oder Jenen als den Thäter zu bezeichnen.

62) Das Bamb. Stadtrecht §. 150 spricht zuerst hiervon. Dann wurde diese besondere Prozeßart mehr ausgebildet in der Bambergischen Halsgerichtsordnung §. 229—242.

63) Auch dieses geschah nur auf Antrag. Bambergensis §. 231: So dann des erschlagen oder ermördten Freunde den tätter so der nit in gefengknuß lege, in die mordacht sprechen lassen wöllen, so söllen unsere Pannrichter deßhalb ein Halßgericht zu besetzen ersuchen.

Capitalverbrechen ein[64]). Zu den Förmlichkeiten derselben gehörte, daß der Leichnam des Getödteten oder wenigstens ein Stück von ihm oder seinem Anzuge (Leibzeichen) vor Gericht gebracht, daselbst inspicirt und von den Verwandten die Identität versichert wurde, welches in der alten Rechtssprache der blickende Schein hieß.

Der in die Mordacht verfällte Verbrecher konnte dann von dem Ankläger und seinen Freunden überall verfolgt und verhaftet werden, worauf er, wenn er nicht sofort die Unschuld bewies, den Tod zu erleiden hatte.

Auf übernächtige That hingegen durfte die Mordacht nicht eher erkannt werden, als bis der Angeklagte dreimal, je mit Frist von vierzehn Tagen, zur Vertheidigung vorgeladen[65]) war und sich nicht gestellt hatte; und fand er sich wirklich ein, so hatte er hier das Recht, sich frei zu schwören oder den Nothwehrstand zu beweisen.

Auf unbeschrieene That konnte vor Allem ein Contumacialerkenntniß niemals ergehen, so wie auch nicht die Verhaftung gestattet war. Aus dem so eben Gesagten geht hervor, daß bei unbeschrieener That keine directen Zeugen vorhanden waren; denn als solche konnten sie sich nur durch das im Augenblicke der That erfolgte Geruffte ausweisen: es war also kein anderer Beweis als der durch Indicien, welche man damals durch Inzicht und Leumund bezeichnete. Der Angeklagte durfte verlangen, daß ihm alle Verdachtsgründe einzeln vorgehalten wurden und wenn er darauf kein Geständniß ablegte, so war er frei. Durch diese Prozeßart ist die Folter in unser Vaterland hereingezogen worden. Die ungelehrten Richter trauten sich nicht zu, aus zusammentreffenden Umständen einen sicheren Schluß auf die Schuld oder Unschuld zu ziehen und sie mochten doch in gar vielen Fällen fühlen[66]), wie sehr die öffentliche Sicherheit durch so anzureichende Ueberführungsmittel gefährdet war. Man fing daher an, erst die Unfreien und Nichtbürger[67]), dann aber alle Inzichter ohne Ausnahme, sobald der Verdacht einen hohen Grad erreicht hatte, durch die Tortur nachdrücklicher zu befragen, ob sie wirklich mit gutem Gewissen ihre Unschuld behaupten könnten. Später glaubte man aber auch da dieses bequemen Verificationsmittels sich bedienen zu müssen, wo bereits vollständiger Beweis vorlag[68]).

---

64) Man gebrauchte dann die allgemeineren Ausdrücke: Acht, Unter- und Oberacht, Reichsacht; Bann, bannum iuris, bannum imperiale et provinciale. Carpzov, pract. rer. crim. P. III. quaest. CXL. nr. 19—40. Engau, ius crim. §. 355.

65) Verkündung des ersten, anderen und dritten Rechttages. Bamberg. §. 234—239. Man erkennt daraus, mit welcher ungemeinen Vorsicht da verfahren wurde, wo man die, damals sogenannte, regina probationum, das Geständniß nicht beibringen konnte. Denn vor dem Erscheinen der Carolina wurde auch da noch die Folter angewendet, wo zwei classische Zeugen aufgetreten waren. Biener, Gesch. des Inquisitionsproz. S. 154.

66) Zöpfl a. a. O. S. 141.

67) Die Bürger wurden blos zum Reinigungseide angehalten. Aber auch hier blickt die Idee der Folter durch: denn man nannte diesen Eid eine tortura spiritualis. Vgl. Koch, instit. iur. crim. §. 889.

68) Je mehr Fortschritte das inquisitorische Verfahren (im canonischen Sinne)

Die allgemeine Meinung ging lange Zeit dahin und wird zum Th[eil] noch gehegt, daß das Inquisitionsprincip in seinen verdammlichen Au[s]wüchsen seine Wurzel in den alten Vehmgerichten[69]) habe; wesha[lb] es wohl nöthig sein wird, hier noch einige Worte darüber zu sagen.

In ihrem Ursprunge hatten die Vehmgerichte eine durchaus zu lobenswerthe Tendenz, indem sie es sich zur Aufgabe machten, di[e] durch Rohheit und Faustrecht in Verfall gerathene Justiz wieder auf einen geordneten Weg zu führen. Sie waren von den teutschen Kaisern nic[ht] nur genehmigt[70]), sondern sogar in der Weise privilegirt, daß ihre Gerichtsbarkeit, während sie ihren Sitz immer nur in Westphalen hatten, über das ganze teutsche Reich ausgedehnt wurde.

Nur das Eine kann vielleicht zu einer fehlerhaften Richtung des späterhin allgemein gewordenen Inquisitionsprozesses beigetragen haben, daß die sogen. heilige Vehme ihre Verhandlungen insgeheim pflog, weßhalb sie auch wohl geradezu heimliche[71]) Gerichte genannt wurden. Ihre Procedur war jedoch keine andere, als die auf dem Anklageprincipe beruhende. Es waren nämlich die Freischöffen ein für allemal aufgestellt, um den Verbrechen nachzuspüren und sie dann im Wege der Anklage vor dem Vehmgerichte zu verfolgen[72]). Auf die Anklage erging eine Ladung, über deren Zustellung streng formeller Beweis[73]) verlangt wurde, und wenn der Geladene nicht erschien, so folgten noch zwei weitere Ladungen und erst auf das dritte Ausbleiben sprach das Gericht ein Contumacialerkenntniß, genannt Vervehmung, Acht oder Oberacht[74]), gegen den Angeklagten aus. Aus diesem letztern Verfahren entstanden abermals viele Gräuel, nämlich dadurch, daß eine verfehmte Person aller Orten, wo sie einer von den, durch ganz Teutschland verbreiteten, Freischöffen aufgriff, durch denselben[75]) vom Leben zum Tode gebracht werden konnte, ohne daß vorher eine Ueberlieferung an das urtheilende Gericht nothwendig gewesen wäre. Die Vehmgerichte

---

machte, um so ausgedehnter ward der Gebrauch der Folter. Henke, Grundriß einer Gesch. des peinl. Rechtes Bd. II, S. 209.

69) Zur Erforschung des Ursprunges und Verfahrens dieser Gerichte geschah in neuerer Zeit viel, besonders durch: Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgesch. Bd. III, §. 418—422. Kopp, über das Verfahren der heimlichen Gerichte in Westphalen. Berk, Gesch. der westphälischen Freigerichte. Bremen 1815. Wigand, das Femgericht Westphalens. Hamm 1825.

70) Man war im Mittelalter festen Glaubens, daß die Vehmgerichte durch Karl den Großen instituirt worden seien; es sind aber bisher noch gar keine historischen Belege zu dieser Tradition beigebracht.

71) Wigand a. a. O. S. 275, 357, vgl. jedoch auch S. 367, 369.

72) Mittermaier, Strafverfahren Th. I, S. 72. Wigand a. a. O. S. 421.

73) Wigand a. a. O. S. 361.

74) S. oben Note 64.

75) Wigand, a. a. O. S. 426, berichtet hierüber: Der Geächtete oder Verfemte hatte nicht nur kein sicheres Geleit, so daß man eine Unthat an ihm begehen, und Jeder sich an ihm, als einem recht- und friedlosen Manne, vergreifen konnte; sondern es war eine Pflicht der Genossen, den ausgesprochenen Fluch der Verdammung zu vollstrecken.

sind übrigens im Laufe der Jahrhunderte so sehr in Willkür ausgeartet[76]), daß ihre endliche Aufhebung durch kaiserliche Machtsprüche, so wie früher ihre Entstehung, eine Wohlthat genannt werden durfte.

Diese Arten des Verfahrens waren es nun, durch welche im Mittelalter und bis zur allgemeinen Bekanntwerdung und Befolgung des kaiserlichen Gesetzbuches in Teutschland das Strafrecht gehandhabt wurde, und man pflegte als die drei vorzüglichsten zu bezeichnen: das Richten 1) auf handhafte That, 2) auf blickenden Schein, 3) auf gichtigen Mund[77]). Letzteres bedeutete so viel, als Geständniß, und es liegt also schon in den Worten ein Schluß auf das Gegentheil bei den zwei vorhergehenden Arten, wo ein Geständniß nicht erforderlich war, weil directe Zeugen vor Gericht treten konnten.

Wenn bereits im Eingange ein Vorzug des Inquisitionsprincipes darin angedeutet wurde, daß es die materielle Wahrheit suche, so muß nun hier darauf näher eingegangen werden.

Zu viel würde man verlangen, wenn man eine Verurtheilung nicht eher zulassen wollte, als bis eine unumstößliche Gewißheit über die Wahrheit der Anschuldigungspunkte vorhanden wäre. Nur sogen. historische Wahrheit kann erstrebt werden. Eine mathematische Gewißheit ist in allen Dingen, die blos auf Erfahrung beruhen, undenkbar; ja man könnte noch weiter gehen und behaupten, daß kein Criminalbeweis so vollständig sei, daß er die Möglichkeit des Gegentheiles auszuschließen im Stande wäre und daß wohl nur in ganz seltenen Fällen alle Erfordernisse eines gesetzlichen Thatbestandes gleichmäßig[78]) in Evidenz gesetzt werden[79]). Aber wer könnte sich dadurch verleiten lassen, das ganze Beweissystem zu verwerfen und dagegen eine Theorie aufzustellen, vermöge welcher nur apodiktische Gewißheit zur Verurtheilung führen dürfte? Es würde dieß aller Strafrechtspflege geradezu ein Ende machen. Man darf also unter materieller Wahrheit keinen höheren Grad von Ueberzeugung verstehen, als den vernünftige Menschen durch Schlußbildungen aus vorgelegten Thatumständen zu ziehen vermögen. Gerade darin ist aber unsere gemeinrechtliche Lehre vom Beweise noch sehr mangelhaft.

---

76) Wigand a. a. O. S. 539 flg.

77) Die Terminologie ist wegen des äußerst treffenden Ausdruckes bemerkenswerth. Das Wort: handhaft bezeichnet das, was man jetzt mit Händen zu greifen nennt; das Wort: blickender Schein macht das corpus delicti gleichsam selbst zum redenden Zeugen, und gichtig kommt von gichen, gestehen. Zöpfl a. a. O. S. 139, Anm. 10, S. 141, Anm. 2.

78) Man weiß sich zwar immer dadurch zu helfen, daß man von der Gewißheit eines Kriteriums auf das andere zurückschließt: aber dieses Verfahren ist wieder ein auf Indicien gebautes. Man kann die Probe fast an jedem der vielen gedruckten Criminalfälle machen.

79) Feuerbach hat sich offenbar nur durch diese, an sich ganz practische, Betrachtung zu der Ansicht verleiten lassen, daß Mängel am Thatbestande als Strafmilderungsgründe wirken (Lehrbuch §. 98); allein es ist ein Unterschied zu machen zwischen gänzlichem Beweismangel und schwächerem Grade des Beweises bei einzelnen Theilen des Thatbestandes. Vgl. Mittermaier's Zus. I. zum obigen §. in der 13. Ausgabe.

Die allgemeine Meinung ging lange Zeit dahin und wird zum Theil noch gehegt, daß das Inquisitionsprincip in seinen verdammlichen Auswüchsen seine Wurzel in den alten Vehmgerichten[69]) habe; weßhalb es wohl nöthig sein wird, hier noch einige Worte darüber zu sagen.

In ihrem Ursprunge hatten die Vehmgerichte eine durchaus nur lobenswerthe Tendenz, indem sie es sich zur Aufgabe machten, die durch Rohheit und Faustrecht in Verfall gerathene Justiz wieder auf einen geordneten Weg zu führen. Sie waren von den teutschen Kaisern nicht nur genehmigt[70]), sondern sogar in der Weise privilegirt, daß ihre Gerichtsbarkeit, während sie ihren Sitz immer nur in Westphalen hatten, über das ganze teutsche Reich ausgedehnt wurde.

Nur das Eine kann vielleicht zu einer fehlerhaften Richtung des späterhin allgemein gewordenen Inquisitionsprozesses beigetragen haben, daß die sogen. heilige Vehme ihre Verhandlungen insgeheim pflog, weßhalb sie auch wohl geradezu heimliche[71]) Gerichte genannt wurden. Ihre Procedur war jedoch keine andere, als die auf dem Anklageprincipe beruhende. Es waren nämlich die Freischöffen ein für allemal aufgestellt, um den Verbrechen nachzuspüren und sie dann im Wege der Anklage vor dem Vehmgerichte zu verfolgen[72]). Auf die Anklage erging eine Ladung, über deren Zustellung streng formeller Beweis[73]) verlangt wurde, und wenn der Geladene nicht erschien, so folgten noch zwei weitere Ladungen und erst auf das dritte Ausbleiben sprach das Gericht ein Contumacialerkenntniß, genannt Vervehmung, Acht oder Oberacht[74]), gegen den Angeklagten aus. Aus diesem letzteren Verfahren entstanden abermals viele Gräuel, nämlich dadurch, daß eine vervehmte Person aller Orten, wo sie einer von den, durch ganz Teutschland verbreiteten, Freischöffen aufgriff, durch denselben[75]) vom Leben zum Tode gebracht werden konnte, ohne daß vorher eine Ueberlieferung an das urtheilende Gericht nothwendig gewesen wäre. Die Vehmgerichte

---

machte, um so ausgedehnter ward der Gebrauch der Folter. Henke, Grundriß einer Gesch. des peinl. Rechtes Bd. II, S. 209.

69) Zur Erforschung des Ursprunges und Verfahrens dieser Gerichte geschah in neuerer Zeit viel, besonders durch: Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgesch. Bd. III, §. 418—422. Kopp, über das Verfahren der heimlichen Gerichte in Westphalen. Berk, Gesch. der westphälischen Freigerichte. Bremen 1815. Wigand, das Femgericht Westphalens. Hamm 1825.

70) Man war im Mittelalter festen Glaubens, daß die Vehmgerichte durch Karl den Großen instituirt worden seien; es sind aber bisher noch gar keine historischen Belege zu dieser Tradition beigebracht.

71) Wigand a. a. O. S. 275, 357, vgl. jedoch auch S. 367, 369.

72) Mittermaier, Strafverfahren Th. I, S. 72. Wigand a. a. O. S. 421.

73) Wigand a. a. O. S. 361.

74) S. oben Note 64.

75) Wigand, a. a. O. S. 426, berichtet hierüber: Der Geächtete oder Verfemte hatte nicht nur kein sicheres Geleit, so daß man eine Unthat an ihm begehen, und Jeder sich an ihm, als einem recht- und friedlosen Manne, vergreifen konnte; sondern es war eine Pflicht der Genossen, den ausgesprochenen Fluch der Verdammung zu vollstrecken.

sind übrigens im Laufe der Jahrhunderte so sehr in Willkür ausgeartet[76]), daß ihre endliche Aufhebung durch kaiserliche Machtsprüche, so wie früher ihre Entstehung, eine Wohlthat genannt werden durfte.

Diese Arten des Verfahrens waren es nun, durch welche im Mittelalter und bis zur allgemeinen Bekanntwerdung und Befolgung des kaiserlichen Gesetzbuches in Teutschland das Strafrecht gehandhabt wurde, und man pflegte als die drei vorzüglichsten zu bezeichnen: das Richten 1) auf handhafte That, 2) auf blickenden Schein, 3) auf gichtigen Mund[77]). Letzteres bedeutete so viel, als Geständniß, und es liegt also schon in den Worten ein Schluß auf das Gegentheil bei den zwei vorhergehenden Arten, wo ein Geständniß nicht erforderlich war, weil directe Zeugen vor Gericht treten konnten.

Wenn bereits im Eingange ein Vorzug des Inquisitionsprincipes darin angedeutet wurde, daß es die materielle Wahrheit suche, so muß nun hier darauf näher eingegangen werden.

Zu viel würde man verlangen, wenn man eine Verurtheilung nicht eher zulassen wollte, als bis eine unumstößliche Gewißheit über die Wahrheit der Anschuldigungspunkte vorhanden wäre. Nur sogen. historische Wahrheit kann erstrebt werden. Eine mathematische Gewißheit ist in allen Dingen, die blos auf Erfahrung beruhen, undenkbar; ja man könnte noch weiter gehen und behaupten, daß kein Criminalbeweis so vollständig sei, daß er die Möglichkeit des Gegentheiles auszuschließen im Stande wäre und daß wohl nur in ganz seltenen Fällen alle Erfordernisse eines gesetzlichen Thatbestandes gleichmäßig[78]) in Evidenz gesetzt werden[79]). Aber wer könnte sich dadurch verleiten lassen, das ganze Beweissystem zu verwerfen und dagegen eine Theorie aufzustellen, vermöge welcher nur apodiktische Gewißheit zur Verurtheilung führen dürfte? Es würde dieß aller Strafrechtspflege geradezu ein Ende machen. Man darf also unter materieller Wahrheit keinen höheren Grad von Ueberzeugung verstehen, als den vernünftige Menschen durch Schlußbildungen aus vorgelegten Thatumständen zu ziehen vermögen. Gerade darin ist aber unsere gemeinrechtliche Lehre vom Beweise noch sehr mangelhaft.

---

76) Wigand a. a. O. S. 539 flg.

77) Die Terminologie ist wegen des äußerst treffenden Ausdruckes bemerkenswerth. Das Wort: handhaft bezeichnet das, was man jetzt mit Händen zu greifen nennt; das Wort: blickender Schein macht das corpus delicti gleichsam selbst zum redenden Zeugen, und gichtig kommt von gichen, gestehen. Zöpfl a. a. O. S. 139, Anm. 10, S. 141, Anm. 2.

78) Man weiß sich zwar immer dadurch zu helfen, daß man von der Gewißheit eines Kriteriums auf das andere zurückschließt: aber dieses Verfahren ist wieder ein auf Indicien gebautes. Man kann die Probe fast an jedem der vielen gedruckten Criminalfälle machen.

79) Feuerbach hat sich offenbar nur durch diese, an sich ganz practische, Betrachtung zu der Ansicht verleiten lassen, daß Mängel am Thatbestande als Strafmilderungsgründe wirken (Lehrbuch §. 98); allein es ist ein Unterschied zu machen zwischen gänzlichem Beweismangel und schwächerem Grade des Beweises bei einzelnen Theilen des Thatbestandes. Vgl. Mittermaier's Zus. I. zum obigen §. in der 13. Ausgabe.

Von sehr achtbaren Schriftstellern[80]) ist in neuerer Zeit die Behauptung aufgestellt worden, daß ein Beweis aus schlagenden Indicien in der Regel dem sogen. directen Beweise vorzuziehen sei. Ein Kenner der Gerichtspraxis kann dieß nur bestätigen. Geht man nämlich von jenem Gesichtspunkte der materiellen Wahrheit aus, so knüpft sich daran gleichsam von selbst das Erforderniß, daß die Richter nicht wie Rechenmaschinen aus gewissen Beweiselementen ihr Urtheil construiren müssen, vielmehr befugt und verpflichtet sein sollen, vorerst auch zu prüfen, unter welchen Modalitäten die einzelnen Beweismittel vortreten. Heutzutage ist man vollkommen beruhigt, wenn zwei beeidigte Zeugen[81]), gegen welche die Acten nichts Verdächtigendes enthalten, die Anschuldigung bewahrheiten, oder wenn dieselbe durch ein umfassendes Geständniß bekräftigt ist[82]). Wer jedoch Untersuchungsrichter gewesen ist, weiß gar wohl, welch großer Unterschied in der Glaubwürdigkeit der Zeugnisse und Geständnisse sich zeigt. Es sind Umstände, die man in den wenigsten Fällen beschreiben kann, sondern man muß sie durch unmittelbare Anschauung fühlen lernen. Der eine Zeuge spricht mit einer Hast, die auf Parteinahme hindeutet, der andere mit einer Ueberlegtheit, die auf Zurückhaltung und Berechnung schließen läßt; ein dritter kommt in Verlegenheit, wenn man ihm fest ins Angesicht schaut, und ein vierter verfärbt sich, indem er am Schwörtische Gott zum Zeugen anruft. Die große Mehrzahl der Zeugen sind aber diejenigen, welche mit Gleichgiltigkeit und ohne vorsichtige Wahl der Worte ihre Wahrnehmungen hersagen[83]), mit einem Ausdrucke, als wenn sie so schnell wie möglich einer unangenehmen Pflicht sich entledigen wollten. Es kommt solchen Leuten dann nicht immer darauf an, eine Wahrscheinlichkeit als Wirklichkeit und eigene Schlüsse als Thatsachen hinzustellen[84]), oder umgekehrt

---

80) Hier ist vorzugsweise anzuführen der Aufsatz von Brauer, über die Unzulässigkeit des directen Beweises in den Hitzig-Demme'schen Annalen der Criminalrechtspflege Bd. XIV, S. 1—34.

81) Sartorius, über die Glaubwürdigkeit der Zeugen (Zürich 1839), S. 15 flg.

82) Mittermaier, Lehre vom Beweise im teutschen Strafprozesse, kämpft zwar §. 10 mit sehr erheblichen Argumenten gegen eine solche schläferige Praxis an; allein da hilft keine Demonstration mehr, wenn nicht eine neue Gesetzgebung in die Mitte tritt: denn der langjährige Gebrauch weicht wissenschaftlichen Gründen nicht.

83) Wenn der Zeuge zudem nicht freundlich behandelt wird, so ist es, wie Kitka, Beitrag zur Lehre von der Erhebung des Thatbestandes S. 168, sagt, kein Wunder, wenn derselbe entweder absichtlich, um nur bald fertig und des ihm lästigen Inquirenten los zu werden, nicht Alles, was ihm bekannt ist, angibt.

84) Brauer, a. a. O., beurkundet tiefe Seelenkunde, indem er bemerkt: Der Zeuge kann die Sache mit sich selbst besprochen haben; jede Recapitulation ist ein solches Selbstgespräch. Dann ist es auch natürlich, daß wie wir wichtige Vorfälle, welche wir erlebten, Anderen mittheilen, und indem wir die Fragen der Neugierde gründlich beantworten wollen, kommen wir dazu, immer weiter von der Wahrheit abzuschweifen. S. 17.

Etwas ganz abzuleugnen, weil ihnen noch einige Zweifel übrig geblieben sind.

Seltener, aber doch häufiger als man im gemeinen Leben glaubt, tragen die Geständnisse das Gepräge der Unsicherheit an sich; ja sie gewähren manchmal den Anschein einer Convention mit dem Untersuchungsrichter, dem etwas eingeräumt wird, um der Belästigung durch längere Verhöre überhoben zu sein, oder auch um in der Strafanstalt eine Versorgung, einen Ruheplatz zu finden.

Man kann also nach der wirklichen Beschaffenheit dieser Hauptbeweismittel in der That sagen, daß sie keineswegs den unbedingten Glauben verdienen, dessen sie genießen, so lange nicht eine genauere Prüfung von Seiten der Strafrichter möglich gemacht wird. Nur in der mündlichen Recapitulation aller erheblichen Aussagen unmittelbar vom Deponenten zum Richter[85]) wäre diesem Mangel eine Abhilfe zu verschaffen: denn alsdann erst könnte das Gericht, Auge in Auge sehend, die Wahrhaftigkeit eines Individuums bestimmt erkunden, und es wäre jener Vorwurf, daß die Criminalistik eine Formularjurisprudenz sei, nicht mehr zu gewärtigen.

Man ist offenbar in der Ausbildung des Anklage- zum Inquisitionsprozesse auf halbem Wege stehen geblieben; man ließ es bei der beengenden Regel des directen Beweises, welche offenbar nur als Schutzwehr gegen leidenschaftliche Verfolgungen der Privatankläger gesetzt ward. Sobald aber unparteiische geschworne Richter das Verbrechen von Amtswegen zu verfolgen den Auftrag erhielten, fiel jene Besorgniß hinweg und es konnte sich nur noch darum handeln, das vorgesteckte Ziel der materiellen Wahrheit möglichst sicher zu erreichen. Nimmermehr kann dieses aber geschehen, wenn die Urtheiler die Zeugen und Angeklagten gar nicht zu Gesicht bekommen, und wenn die in der Regel sehr dürftigen directen Beweismittel nicht auf künstlichem Wege, d. i. durch Argumentation aus zusammentreffenden Nebenumständen ergänzt werden dürfen, — eine Verstandesoperation[86]), die man dem Richter billigerweise nirgendwo abschneiden sollte, wenn man verlangt, daß er seinem Berufe würdig entspreche.

---

85) Schwerlich hat Jemand die Inconsequenz, die in einem schriftlichen Verfahren beruht, schlagender dargelegt, als Abegg in den Worten: Legen wir doch selbst, und gewiß mit Recht, dem sogen. Augenscheine, d. h. überhaupt der unmittelbar sinnlichen Wahrnehmung der Gerichte einen besonderen Werth für den Beweis bei und setzen sie jeder anderen nur vermittelten Kenntniß entgegen, — warum soll dieser Grundsatz nicht auch für den rechtsprechenden Richter gelten? Beiträge zur Strafprozeßgesetzgebung (Arnstadt 1841), S. 89.

86) Ein entschiedener Gegner der richteramtlichen Judicatur in Thatsachen, v. Oppen, in seiner Schrift: Geschworene und Richter (Köln 1835), meint zwar S. 42, es sei dieß eine Sache des practischen Verstandes und mithin überhaupt nicht für Männer der Wissenschaft geeignet; allein man darf dagegen fragen, ob nicht das synthetische Denken (Verstand) einen eben so durchgebildeten Geist erfordert, als das analytische (Vernunft)? Und zudem sollte man meinen, daß ein practischer Jurist den practischen Verstand, wenn er ihn auch nicht von Hause aus besitzt, doch im Dienste der Praxis erwerben müsse.

Ein mündliches Schlußverfahren läßt sich allerdings, wenn es nicht zur leeren Formalität herabsinken soll, ohne einen Anklageact gar nicht denken und es ist deßhalb auch von Allen, welche eine solche Verbesserung wünschen, zugleich auf dieses Complement gedrungen worden. Die materielle Wahrheit würde auch in der Weise, wie in neuerer Zeit die Anklage durch öffentliche Beamte vertreten wird, keineswegs gefährdet sein, indem ein Staatsanwalt nicht weiter auf ein Straferkenntniß zu dringen verpflichtet sein kann, als er die Möglichkeit einer Schuldigerklärung sich vorstellt[87]), während es umgekehrt bei Privatanklägern stets zu besorgen stand, daß sie mitunter nicht sowohl die Buße eines Verbrechens, als die Versetzung einer verhaßten Person in die peinliche Lage einer criminellen Anschuldigung bezweckten.

Demgemäß darf hier, wo von dem Wesen und der wahren Bedeutung des Strafprozesses die Rede ist, der Satz aufgestellt werden, daß nur dann Heil davon zu erwarten ist, wenn man sich entschließt, eine Combination des Anklage- mit dem Untersuchungsprincipe[88]) in ähnlicher Weise, wie in England und Frankreich[89]), jedoch mit größerem Uebergewichte des letzteren Princips bis zum Moment der förmlichen Anklageerhebung, so einzuführen, und zugleich die Grundzüge des Beweises, mit ausdrücklichem Einschluß der Indicien, gesetzlich zu normiren; ja es wird unser Inquisitionsverfahren bei längerem Verharren in seiner eben aufgezeichneten Mangelhaftigkeit immer mehr zu einer leeren Täuschung, zu einer handwerksmäßigen Actenfabrication herabsinken, so daß am Ende Alle, die damit zu thun haben, nur mit Widerstreben ihre Kräfte, die sie, nach der jetzt fast allgemein verbreiteten Einsicht, zu etwas Besserem bestimmt glauben, dorthin verwenden können.

---

87) Vgl. dieses Werk Bd. I, S. 263.

88) Mittermaier, das teutsche Strafverfahren Th. I, §. 20, 21, 32, besonders S. 94, 107. Hepp hat in seiner Schrift: Anklageschaft, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit (Tübingen 1842), evident nachgewiesen, daß beide Principe nicht blos vereinigt werden können, sondern vereinigt werden müssen, wenn die materielle Wahrheit das Hauptziel der Untersuchung bleiben soll. S. 24.

89) Leue, der mündliche öffentliche Anklageprozeß und der geheime schriftliche Untersuchungsprozeß (Aachen 1840), geht gewiß zu weit, wenn er das Inquisitionsprincip schlechthin als eine Ungerechtigkeit (S. 180 flg.) bezeichnet; denn ohne dasselbe ist ein dem Zwecke der Strafjustiz entsprechendes Verfahren gar nicht denkbar, wie dieß auch die Stellung und Amtsgewalt des französischen Untersuchungsrichters zeigt. Duverger, Manuel des Juges d'instruction. (Paris 1839.) Tom. I. Chap. V. Es sagt daher auch Hepp, a. a. O. S. 84, ganz richtig: Was sind die öffentlichen Ankläger anderes, als von Amtswegen auftretende, also mit anderen Worten inquisitorische Beamte? Denn auch sie warten nicht erst eine Klage oder Anzeige der Betheiligten ab, oder schieben demselben, wenn er als Kläger auftritt, die Beweislast zu; auch sie berücksichtigen keinen Verzicht des Verletzten auf die Untersuchung und Bestrafung des Schuldigen, sondern es ist der Staat, welcher durch sie das ihm aus der Uebertretung zustehende Strafrecht ausüben läßt. Insoweit fallen öffentliche Ankläger und inquisitorische Untersuchungsrichter zusammen; sie bilden gemeinschaftlich den Gegensatz von dem bloßen Privatankläger.

Nachdem nun die Geschichte und Grundidee des Inquisitionsprozesses darzulegen der Versuch gemacht wurde, dürfte zur Auseinandersetzung des Organismus dieses Prozesses, zur Aufzählung seiner Hauptbestandtheile, ihres Verhältnisses unter sich, und wiederum zum Ganzen, überzugehen sein.

Lange Zeit hat sich die Ansicht von einer regelmäßigen Spaltung des Prozesses in eine General- und Specialinquisition[90]) forterhalten und zwar mit solcher Starrheit, daß man eine Untersuchung, bei welcher die erste oder zweite Abtheilung fehlte, niemals als ein perfectes Ganzes ansehen zu dürfen glaubte, und es ist daher von Wichtigkeit, den Schulbegriff, der damit verbunden wurde, näher kennen zu lernen.

Die Eintheilung ist lediglich aus der Praxis hervorgegangen und blieb deßhalb lange Zeit sehr schwankend, so daß fast jeder damalige Schriftsteller eine andere Ansicht darüber aufstellte. Man hatte dabei jedoch allgemein die Idee im Auge, daß eine Untersuchung damit beginnen müsse, alle Menschen, die irgend Kenntniß von dem Verbrechen haben dürften, vorläufig summarisch zu vernehmen[91]), um dem Prozesse eine sichere Richtung geben zu können, und daß alsdann hierauf eine um so nachdrücklichere Einschreitung gegen einzelne Verdächtige erlaubt und geboten sei. Das Bedürfniß einer solchen Unterscheidung scheint nicht sowohl aus logischer Schärfe, als aus dem damaligen Bestehen der Tortur hervorgegangen zu sein. Wenn man weiß, mit welcher Strenge, ja unmenschlicher Grausamkeit dieses sogen. Wahrheitserforschungsmittel gehandhabt wurde, so drängt sich von selbst das Gefühl auf, daß es vielmehr eine anticipirte Strafe gegen den nichtgeständigen Angeklagten war; derselbe mußte also doch mindestens davor geschützt werden, daß diese harte Maßregel nicht beliebig zu jedem Zeitpunkte gegen ihn angewendet würde. Die Schutzwehr glaubte man bald darin zu finden, daß nicht eher zur Folterung geschritten werden dürfe, als bis die Specialuntersuchung durch ein förmliches Erkenntniß gegen eine bestimmte Person erkannt war, und es war dieß ein Ausspruch, der in solenner Form[92]), auch später appellabel[93]), von dem versammelten Strafgerichte erlassen wurde, ja man hielt dasselbe für so folgenreich, daß man eine besondere Einsprache (defensio pro avertenda speciali inquisitione)[94]) gestattete,

---

90) Klein, über den wesentlichen Unterschied der General- und Specialinquisition, im Archiv des Criminalrechtes Bd. I, Nr. 3. Kleinschrod, über General- und Specialinquisition, deren Begriffe, Theile und Verhältniß zu einander. Ebendas. Bd. III, Nr. 2. Siewert, noch einige Bemerkungen über den Unterschied der General- von der Specialinquisition. Ebendas. Bd. V, Nr. 4. Hagemeister, Erörterungen über General- und Specialinquisition. Berlin 1804.

91) Mittermaier, Strafverfahren §. 111. Stübel, Criminalverfahren §. 603.

92) Mittermaier a. a. O. Th. II, S. 7. Bayer. Strafgesetzbuch Art. 98.

93) Carpzov, pract. rer. crim. P. III. quaest. 139. nr. 22. 26.

94) Diese Defension war übrigens auf den einzigen Fall beschränkt, daß

und nicht selten gelang es wirklich, dieses zweite Stadium der Untersuchung zu unterdrücken, womit zugleich der Prozeß beendigt war; denn auf den Grund der Generaluntersuchung konnte weder eine Verurtheilung, noch eine Lossprechung erfolgen.

Es läßt sich hieraus leicht abnehmen, daß ein Subject, gegen welches die Specialinquisition rechtskräftig erkannt war, schon so gut als für schuldig erklärt war; denn es wurde dazu nicht nur ein sehr starker Verdacht vorausgesetzt, sondern man konnte, wenn dieser auch nicht zum besten begründet war, mit ziemlicher Sicherheit vorhersagen, daß es zum Geständniß käme, weil nur wenige Naturen kräftig genug waren, die furchtbaren Torturalschmerzen auszuhalten; und ein solches Geständniß, sobald es einige Zeit darauf (in der Angst vor wiederholter Peinigung) ratihabirt war, galt ja als vollständiger Beweis der Anklage.

Damit hängt denn auch jene Ausbildung der öffentlichen Meinung zusammen, daß man eine Person, die jemals in eine Specialuntersuchung verwickelt war, nicht mehr für makellos, ja für anrüchig[95]) hielt, weil in der That durch ein Vorerkenntniß der erwähnten Art mindestens ein Verdacht richterlich ausgesprochen war; eine Ansicht, zu welcher im Laufe der Jahre noch das, aus irriger Auffassung des römischen non liquet abgeleitete, Institut der Lossprechung von der Instanz wesentlich beitrug.

Durch Carpzov[96]) empfing die Lehre von der General- und Specialinquisition eine bestimmtere Basis und sie gewann dadurch erst einen wissenschaftlichen Charakter. Er faßte die Sache so auf:

Die allgemeine Vorbedingung criminalrichterlicher Thätigkeit ist ein Ereigniß, welches dem gesetzlichen Begriffe irgend eines Verbrechens subsumirt werden kann, d. i. es muß vorerst Gewißheit über den Thatbestand eines Verbrechens vorhanden sein. Dadurch wird dann zugleich die Pflicht des Untersuchungsrichters hervorgerufen, nachzuforschen, wer die That begangen haben mag, und es sind zu diesem Zwecke alle Verdachtsgründe, seien es nähere oder entferntere, gegen eine oder mehrere Personen zu sammeln und actenmäßig zu machen. Diese Ausmittelung und Anhäufung von Beweismaterialien nannte Carpzov die inquisitio generalis, weil sich die Erkundigung ohne alle Präoccupation eigentlich rein polizeilich verhielt und diejenigen, welche von dem Publicum oder einzelnen Vernommenen als die Thäter bezeichnet wurden, dabei noch gar nicht verhört werden durften.

---

man es unternahm, auszuführen, wie gar kein Grund zur Verfolgung vorliege (Engau, ius crim. §. CXLIII.), und das Berufen auf vorliegende Milderungs- oder Strafaufgebungsgründe wurde hier nicht berücksichtigt. Carpzov l. c. quaest. CXXV. nr. 125.

95) P. G.-O. Art. 218: Dardurch der angegriffen an seyner Ehren nachtheil erleidet. Schon nach römischem Rechte wurden die inter reos adnotati als herabgewürdigt angesehen. L. 3. C. de requir. reis. (9. 40.) Sehr vollständige Auskunft gibt hierüber bis auf die neueste Zeit herab Zachariä, Grundlinien des Criminalproz. (Göttingen 1837), S. 157, 158.

96) Practica Rer. crimin. Pars III. quaest. CVII. CVIII.

Ergab sich jedoch aus den Thatumständen und Beweismitteln hinreichender Stoff, um eine bestimmte Person in den Stand der Anschuldigung zu versetzen, d. h. ihr namhafte Verdachtsgründe vorzuhalten, so ward gegen dieselbe die Specialinquisition feierlich eröffnet, wobei es denn die wesentliche Aufgabe des Inquirenten war, in wohlabgemessenen Artikeln[97]) (articuli inquisitionales)[98]) Alles das, was die Acten gegen jenes enthielten, zur Beantwortung vorzulegen[99]), und wenn in erheblichen Punkten sich eine Contrarietät mit den Aussagen der Beschädigten oder der Zeugen ergab, zur Confrontation zu schreiten[100]). Letztere wurde übrigens in der Vorzeit zum Theil nicht minder als das Erkenntniß der Specialinquisition als ehrenrührig[101]) angesehen, weßhalb auch hier wieder eine besondere Art von Vertheidigung (defensio pro avertenda confrontatione) zugelassen ward.

Es konnte nicht lange währen, bis man einsah, daß eine solche mathematisch strenge Zerlegung der Prozeßtheile nicht immer, ja in den wenigsten Fällen, anwendbar sei, und es mußten wohl viele Ungelegenheiten daraus entstehen, wozu insbesondere jene zu rechnen ist, wenn der Thäter, sobald er von einer Generaluntersuchung hört, sich sofort davon macht und alsdann bei dem Eintreten des Hauptstadiums die nothwendigste Person nicht mehr da ist. Aber auch das ist in Anschlag zu bringen, daß nicht selten der Angeschuldigte, wenn er gleich in den ersten Stunden oder Tagen vernommen wird[102]), Aufschlüsse an die Hand geben kann, welche weiter führen, als eine ganze Reihe von Zeugenverhören, zumal wenn er sich zu einem Geständnisse herbeiläßt. Bei der Selbstanklage springt es von selbst in die Augen, wie unpractisch jener Grundsatz war. Gleichwohl hat sich derselbe bis in unser Jahrhundert herab erhalten[103]), ja er wurde noch vor dreißig Jahren durch ein neues Gesetz sanctionirt.

Gewitzigt durch so manche Mißstände, welche sich aus der Carpzov'schen Eintheilung ergaben, unternahmen es mehrere neuere Criminalisten[104]) zu zeigen, daß alle und jede Trennung von Untersuchungs-

---

97) Vgl. dieses Werk Art. Frage Bd. IV, S. 322.

98) Koch, institut. iur. crim. §. 793—797.

99) Stübel, Criminalverf. (Leipzig 1811), §. 2021, ist der Ansicht, daß diese Artikel die Stelle einer Anklage vertreten sollen; wofür allerdings der geschichtliche Entwickelungsgang zu sprechen scheint.

100) Vgl. dieses Werk Art. Confrontation.

101) Zachariä, Grundlinien des Criminalproz. S. 159.

102) Hofacker, systematische Uebersicht des teutschen Strafproz. (Tübingen 1820), §. 118. Kitka, in seinem Beitrage zur Lehre über die Erhebung des Thatbestandes (Wien 1831), macht S. 94 darauf aufmerksam, daß eine solche Vernehmung nicht zum Zwecke der Verantwortung, sondern blos der Aufklärung geschehe und sonach nie beschwerend für irgend Jemand sein könne. Das Richtigste ist wohl, wenn man solche Acte Kundschaftserhebungen nennt.

103) Bayer'sches Strafgesetzbuch Th. II, Art. 72—112. Eine summarische Vernehmung der Verdächtigen ist jedoch hier nicht ganz ausgeschlossen. Art. 155.

104) Zunächst Dalberg, Entwurf eines Gesetzbuches in Criminalsachen Th. I, Abschn. 6, §. 1. Dann folgten Gesetzgeber diesem Beispiele und ver-

theilen verwerflich sei. Dieses war jedoch ebenfalls zu beklagen, denn nun riß völlige Anarchie im teutschen Verfahren ein; man begann und beschloß die Untersuchungen, wie man es gerade für gut hielt; man gab sich oft gar nicht mehr die Mühe, das Dasein eines Verbrechens voraus festzustellen [105]), sondern suchte auf kürzestem Wege Alles aus dem Inquisiten heraus zu inquiriren. Wie übel es dabei mit der bürgerlichen Freiheit bestellt ist, bedarf kaum der Erwähnung; aber auch wissenschaftlich müssen Einwendungen dagegen erhoben werden, weil es im Criminalverfahren, wie in jedem anderen, doch überall und ausnahmslos zunächst auf den thatsächlichen Grund ankommt, ungefähr wie auf das Klagefundament im Civilprozesse [106]). Dieß ist nun die wahre Aufgabe eines einleitenden Verfahrens; man muß sich verlässigen, ob das Gerücht oder die Anzeige von einem Verbrechen wirklich Grund hat und erweisbar ist. Die Wahrheit liegt auch hier zwischen beiden Extremen in der Mitte, es läßt sich keine Regel aufstellen, in welchem Proportionalverhältnisse die Untersuchungstheile stehen sollen, und doch ist eine Nothwendigkeit, daß solche überall gesondert werden, anzuerkennen, und bei keiner Maxime ist dieß so unabweisbar, wie gerade bei der Inquisitionsmaxime; denn wo soll hier die Allmacht der Untersuchungsrichter aufhören, wenn ihnen nicht in der Wesenheit des Prozesses Schranken gesetzt werden?

Hierin kann man wiederum aus dem vom teutschen Rechtsboden verdrängten Anklageprozesse Rath und Belehrung schöpfen. Derselbe hält an der Bedingung eines Vorverfahrens so unbedingt fest, daß ohne dasselbe ein mündliches Schlußverfahren gar nicht vorkommen kann. Er verbietet deßwegen aber nicht, die Untersuchung in jenem schon gegen die verdächtigen Personen zu richten, sondern im Gegentheile sollen ihnen die Anschuldigungsgründe förmlich vorgehalten [107]) und nicht minder die vorge-

---

boten jede Trennung der Untersuchung, wie z. B. preuß. Gesetz v. 17. Oct. 1796. Württemb. Organisationsedict v. 1818, §. 217. Oesterr. Gesetzb. v. 1803, §. 232. Feuerbach hatte in der ersten Ausgabe seines Lehrbuches des peinlichen Rechtes (Gießen 1801), §. 624—631, einen richtigen Weg eingeschlagen, indem er die Untersuchung des Thatbestandes von der Untersuchung des Subjectes der That (Thäterschaft) trennte; allein er kehrte später zu den alten Kategorien der General- und Specialuntersuchung zurück. S. 12. Aufl., §. 624.

105) Carpzov, Pract. Rer. crim. P. III. qu. 123. nr. 2., rügt schon: Non minimus iudicum modernorum abusus est, ut suspectum in carcerem detrusum statim torturae subiiciant, nec prius inquirant, an crimen perpetratum sit, nec ne. Auch in der p. G.-O. Art. 6 ist hierauf hingewiesen in den Worten: Darzu soll auch eyn jeder richter sich erkundigen und fleissig nachfragens haben, ob die missethat, darum der angenommen berüchtiget unnd verdacht, auch beschehen sey oder nit.

106) Leue, der Anklage- und Untersuchungsprozeß S. 103.

107) Dieß geht klar hervor aus Duverger, Manuel des Juges d'instr. (Paris 1839.) Tom. II. §. 318. und Leue, a. a. O. S. 101, hat gewiß Unrecht, wenn er behauptet: Das ganze Vorverfahren ist noch kein Prozeß, sondern blos ein Erkundigen und Sammeln. Er scheint sich damit das Inqui-

hützten Einreden und Entschuldigungen gründlich erhoben werden. Da-urch soll aber keineswegs ein vollkommenes Untersuchungsgebäude herge-tellt werden, sondern der Zweck ist nur, dem Ankläger und Ver-heidiger ein umfassendes Material zur Prüfung und Benutzung im Schluß-erfahren darzubieten.

Die richtigste Bezeichnung der Haupttheile eines Criminalverfahrens ürfte die neuerlich ziemlich allgemein recipirte sein, nämlich: Vorun-tersuchung und Hauptuntersuchung [108]). Durch Vermeidung der Ausdrücke General- und Specialuntersuchung ist von vorn herein so viel gewonnen, daß man sich nicht mehr genöthigt glauben kann, in dem ersten Theile alle allgemeinen Gesichtspunkte zu erschöpfen und im zweiten sich lediglich mit der Verfolgung der in Verdacht gestellten Personen zu befassen. Das Wort Voruntersuchung gibt aber zudem den Zweck klar an die Hand, daß dadurch nichts weiter, als eine vorbereitende Thätig-keit entwickelt werden soll, welche je nach dem Ergebnisse sich in sich selbst abschließen oder zu weiteren entschiedeneren Schritten, d. i. zur Haupt-untersuchung führen kann. Zugleich liegt eine Annäherung an die Tren-nung des französischen Instructions- und Schlußverfahrens darin und ist somit der Weg zu einer befriedigenden Reform [109]) angebahnt.

Ehe in die wahre Bedeutung der Vor- und Hauptuntersuchung ein-gegangen wird, muß noch von einem weiteren Untersuchungstheile ge-sprochen werden, welchen man in Folge der neuesten Prüfung dieser Lehre [110]) an die Spitze des Verfahrens zu stellen für gut fand. Dieser Theil wird die Information [111]) genannt, oder auch wohl Informa-tivverfahren, Präliminarverfahren. Wenn man den richtigen Begriff damit verbindet, so läßt sich nicht leugnen, daß der Prozeß an Sicherheit und Wissenschaftlichkeit dadurch gewinnt; aber es ist in der That nicht leicht, diese Information von der Instruction, dieses Präliminarverfahren von der Voruntersuchung, überall gehörig zu scheiden.

Bauer [112]) hat die Information als den Inbegriff derjenigen Handlungen gezeichnet, welche auf Ausmittelung der Statthaftigkeit und auf Vorbereitung eines Untersuchungsverfahrens [113]) abzwecken, während

---

sitorische Element, welches im Anklageprozesse verblieb, selbst wegräsonniren zu wollen.

108) Diese Bezeichnung ist zunächst durch Mittermaier (Strafverf. Th. II, S. 11) und Bauer (Lehrb. des Strafproz. §. 232, 233) eingebür-gert worden.

109) v. Jagemann, die Reformfragen im Strafverfahren, in dessen und Nöllner's Zeitschrift für teutsches Strafverfahren Bd. II, Nr. XIX.

110) Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte und Strafprozesse Bd. II. Göttingen 1842. Von der Vor- und Hauptuntersuchung. S. 166—254.

111) Biener, Gesch. des Inquisitionsproz. S. 188, führt an, daß dieser Ausdruck in früheren Zeiten schon üblich gewesen sei, und zwar um die Gene-ralinquisition damit zu bezeichnen. Man wird auch keinesfalls fehl gehen, wenn man die Information als Einleitung oder ersten Theil der letzteren ansieht. Vgl. auch Müller, Lehrb. des Criminalproz. §. 172, Anm. 22.

112) Abhandlungen a. a. O. S. 171.

113) Darin liegt doch immer die Anerkennung, daß die Information par-

in der eigentlichen Untersuchung (Inquisition) der Richter von Amtswegen das Sein oder Nichtsein derjenigen Thatsachen, von welchen die Anwendung des Strafgesetzes abhängt, zu erforschen sucht.

Die Idee, welche dieser Unterscheidung zu Grunde liegt, verdient gewiß die Anerkennung wahrer Loyalität; denn es soll dadurch, während man sich früher begnügte, der Specialuntersuchung durch die Nothwendigkeit eines vorausgehenden Erkenntnisses im Interesse der Unschuld einen Damm entgegenzusetzen, noch mehr, als dieses, nämlich die Abwendung aller und jeder Inquisition unter der eben erwähnten Voraussetzung erreicht werden. Aber es darf nur nicht verlangt werden, daß der Beamte alle Bestandtheile der Information actenmäßig machen müsse, indem er sonst in dieser Vorhalle der Untersuchung sich oft länger aufhalten müßte, als im eigentlichen Vorverfahren, und namentlich muß gegen die Gewährung einer Defension gegen die Eröffnung der eigentlichen Untersuchung[114]) Einsprache erhoben werden.

Zur Information gehört die Beantwortung der Frage, ob eine geeignete Veranlassung zur Einleitung einer förmlichen Untersuchung gegeben ist[115]). Als solche nimmt man an:

1) Die eigene Wahrnehmung eines Criminalbeamten, welche aber schon dadurch allein, daß sie existent wird, alle Information abschneidet und unmittelbar in die Voruntersuchung hineinführt.

2) Eben so ist es mit der Selbstanklage des Verbrechers[116]) oder

3) mit dessen Einlieferung auf Ergreifung bei frischer That[117]); denn auch hier ist die informative Prüfung gleichsam mit einem Gedanken abgemacht, indem der Inquirent sofort überzeugt sein muß, daß ein dergestalt in die Gerichtsschranken gekommenes Subject nicht ohne Untersuchung wieder entlassen werden darf. Anders ist es dagegen

4) bei einer Denunciation[118]) oder Anzeige von Seiten der angeblich Beschädigten oder von ganz unbetheiligten Personen, so wie auch beim Erfahren eines bloßen Gerüchtes. Derartige Quellen sind meistentheils trüglich, sei es auch nur wegen unterlaufener Mißverständnisse; aber auch die Leidenschaft kann dabei im Spiele sein. Der Untersuchungsrichter muß daher, um seiner selbst willen und seiner Amtsehre zu lieb,

---

inquisitionis ist, so wie Vorbereitungshandlungen im weiteren Sinne zur That gerechnet werden.

114) A. a. O. S. 179. Ohne Acteneinsicht kann Niemand eine gehörige Defension bearbeiten, und diese darf doch gewiß in dem ersten Stadium der Untersuchung, wo das strengste Geheimniß absolut beobachtet werden muß und auch überall beobachtet wird, nicht gestattet werden. Duverger, Manuel des Juges d'instr. T. II. nr. 322.

115) S. auch Abegg, Lehrb. des Criminalproz. (Königsberg 1833), S. 266, und Zachariä, Grundlinien des Criminalproz. §. 89.

116) Clarus, sent. rec. §. fin. qu. 8. nr. 5. Stübel, Criminalverf. §. 1843 flg., §. 2928 flg. Bayer. Strafgesetzbuch Th. II, Art. 69.

117) L. 1. §. 17 u. 27. D. de quaest. (48. 17.) Kitka, über die Erhebung des Thatbestandes S. 120—124.

118) Clarus, sent. rec. l. c. nr. 1. Bayer. Strafgesetzb. Th. II, Art. 68. Code d'instr. crim. art. 32. 40. 41. 46. 61. 106.

Vorsicht anwenden, daß er nicht in eine Falle gehe und der Spielball leerer Erfindungen oder Intriguen werde[119]). Zu diesem Zwecke wird er sich in der Regel nicht mit diesen Angaben allein begnügen, sondern in weiteren Kreisen nachforschen, ob die Sache Gehalt habe und ob keine verwerflichen Motive bei der Anzeige obwalten. Diese Schritte fallen in das Gebiet der Information, sie werden aber oft überflüssig erscheinen und zwar um so mehr, je länger der Beamte in seinem Bezirke fungirt, indem er die Einwohner der Mehrzahl nach allmälig so kennen lernt, daß er nicht mehr leicht über den Grad ihrer Glaubwürdigkeit Zweifel haben kann; wo dann die Information abermals in seinem Inneren abgemacht wird.

5) Noch gehört hierher das Ansinnen einer Staatsbehörde[120]), daß gegen einen öffentlichen Diener eingeschritten werden solle. Wenn hier auch zu vermuthen ist, daß die Vorfragen einer Criminaluntersuchung von Seiten jener Behörden bereits gründlich erwogen sind, so kann der Inquirent doch keineswegs verpflichtet sein, blindlings darauf einzugehen, es müßte denn gerade von dem vorgesetzten Gerichtshofe oder von dem Justizministerium der Befehl erlassen sein. Bei Rechnungsdifferenzen kommt es gar nicht selten vor, daß die Finanzstellen, ohne das Vorhandensein einer Spur von bösem Vorsatze[121]), dafür halten, daß der Rechner sofort als ein Verbrecher behandelt werden müsse. Der Untersuchungsrichter jedoch, der irgend Bedenken bei der Sache hat, wird sehr wohl daran thun, wenn er erst noch von einem unparteiischen Experten die Rechnungen superrevidiren läßt und erst auf übereinstimmendes Gutachten die Voruntersuchung eröffnet.

Die Prüfung der so eben angegebenen Veranlassungsgründe zur Inquisition kann, im Wege der Information, jedenfalls nur darauf sich beschränken, ob die Personen, welche dieselbe vorbringen, an und für sich Glauben verdienen, während der materielle Gehalt erst später zur Würdigung reif wird[122]).

Unleugbar gehört die weitere Untersuchung, ob das fragliche Verbrechen nicht durch Verjährung aufgehoben sei, ebenfalls in dieses erste

---

119) Zachariä a. a. O. §. 94. P. G.-O. Art. 20. v. Jagemann, Handb. der gerichtl. Untersuchungskunde Bd. I (Frankf. 1838), §. 9.

120) In Preußen und manchen anderen Ländern wird dieß Verfahren fiscalischer Prozeß genannt. Alker, Handbuch des preuß. Criminalprozeßverf. (Berlin 1842), Th. I, S. 10.

121) Nicht selten beruht das ganze Vergehen auf einem Rechnungsverstoße, und dieser kann eben sowohl von der Revisionsbehörde, als vom Rechner begangen sein. Hertel, über Cassendefecte und das dabei zu beobachtende Verfahren, im Archiv des Criminalrechtes Bd. XII, Nr. V, IX. Bef. S. 112—115.

122) Sollte eine Anzeige oder ein Gerücht auch nur einen entfernten Verdacht erwecken, daß ein Verbrechen begangen sei, und sollten auch wesentliche Kriterien am gesetzlichen Begriffe des letzteren zu fehlen scheinen, so darf, die Glaubwürdigkeit der Deponenten vorausgesetzt, gleichwohl von der Untersuchung nicht Umgang genommen werden, weil ja das gerade Zweck derselben ist, sich zu verlässigen, ob ein Strafgesetz übertreten worden sei. Kitka, über die Erhebung des Thatbestandes S. 62—67.

Stadium[123]), wiewohl es nicht immer möglich sein wird, sofort dar ins Reine zu kommen; denn es ist nicht jedem Zeugen oder Anze der Zeitpunkt der begangenen That so zuverlässig bekannt, daß m hierauf gleich bauen könnte.

Eine eben so wichtige und jedesmal wiederkehrende Vorfrage ist di ob das Verbrechen zu denjenigen gehöre, die von Amtswegen zu un tersuchen sind. Hierüber wird jedoch der Inquirent auf den ersten Bli zu einem sicheren Entschlusse gelangen, weil die Verbrechen, die ohne Pri vatanzeige unberücksichtigt bleiben sollen, in den Gesetzen ohne irgend ein Dunkelheit aufgezählt sind[124]).

Besondere Vorsicht hat endlich der Inquirent hinsichtlich der Competenz anzuwenden, weil bekanntlich ein ganzes Verfahren als nichtig umgestoßen werden kann, wenn es von einem unzuständigen Beamten geleitet wurde. Ueberall jedoch, wo das forum praeventionis[125]) gilt, läuft man weniger Gefahr in dieser Beziehung; denn es bedarf alsdann nur der Nachweisung irgend eines vorhandenen Gerichtsstandes. Daß übrigens auch der incompetente Richter, wenn er der erste ist, der von dem Verbrechen Kenntniß erhält, die vorläufigen Erhebungen und Sicherungsmaßregeln anwenden darf, ist nicht zu bezweifeln, und die Annahme des Gegentheiles würde in allen derartigen Fällen zur Vereitelung der Wahrheitserforschung führen, welche doch überall als der voranstehende Zweck zu betrachten ist. Nur darin hat sich der unzuständige Beamte in Acht zu nehmen, daß er nicht weiter gehe, als es die Dringlichkeit der Lage, in der er die Beweismittel vorfindet, erfordert.

Es ist schon bemerkt worden, daß das Informativverfahren in der Regel mit wenigen Zeilen abgemacht und der Untersuchungsbeamte seine Schuldigkeit gethan hat, wenn er nur keinen dieser Punkte übersieht; denn erst dann[126]) ist es nothwendig, daß er sich darüber zu den Acten äußert, wenn er die eine oder andere jener Fragen negativ beantworten zu müssen glaubt. Die Vermuthung streitet für die Regel und diese ist, wie jeder Practiker bestätigen kann, Glaubwürdigkeit und Begründetheit der ersten Anzeige, Nichtverjährung, Nothwendigkeit der Einschreitung von Amtswegen und Competenz des Gerichtes, wo die Sache anhängig wird. Gerade wie im Civilprozesse verhält es sich mit diesen Vorfragen. Es wird keinem Civilrichter einfallen, über die Klagegrün-

123) Bei Fleischesverbrechen, deren Strafbarkeit schon nach 5 Jahren aufhört, wird oft hierin ein Versehen begangen. Kitka a. a. O. S. 70, Nr. 9. Marezoll, das teutsche Criminalrecht (Leipzig 1841), S. 166.

124) Nothzucht, Ehebruch, Familiendiebstahl, Ehrenkränkungen. Mittermaier, Strafverf. Th. II, S. 19. Bauer, Abhandlungen Bd. II, S. 175.

125) S. dieses Werk Bd. IV, S. 580. Es können in einem und demselben Falle concurriren und präveniren: der Gerichtsstand der begangenen That, des Wohnortes und der Ergreifung.

126) Man muß in unserem schreibseligen Zeitalter, zumal aber in gerichtlichen Angelegenheiten, wo die Schrift die freie Rede fast erdrückt hat, nicht auf Vermehrung der Anlässe zum Schreiben, sondern vielmehr auf deren Verminderung ausgehen.

dung und Zuständigkeit seines Forums Decrete zu erlassen, wenn er hieran keinen Mangel erkennt[127]). Gleichwohl würde es in jedem Strafprozeßgesetze sehr wohl am Platze sein, die Inquirenten ausdrücklich zu verpflichten, daß sie die erwähnten Präliminarpunkte immer zunächst in Erwägung ziehen.

Wenn man fernerhin zur Information diejenigen Schritte zählen will[128]), welche die öffentlichen Behörden zur augenblicklichen Feststellung des Status quo und zur Sicherung des möglichen Erfolges einer Untersuchung[129]) vornehmen, so dürfte dieses nur bedingte Beistimmung verdienen, nämlich in so weit, als die zuständigen Untersuchungsrichter nicht selbst solche Handlungen vollziehen. Nicht immer kann die Einschreitung derselben unmittelbar nach der That bewirkt werden, zumal wenn das Verbrechen nicht an ihrem Amtssitze vorfällt. Dann ist es allerdings nicht nur ein Recht, sondern eine Pflicht aller zunächst befindlichen Criminal- oder Polizeibehörden[130]), diejenigen Maßregeln vorzukehren, welche der competente Richter muthmaßlich auch seinerseits angeordnet haben würde. Solche Maßregeln haben aber nur einen provisorischen Charakter. Der competente Richter kann, wenn ihm die Acten darüber zu Handen kommen, ganz davon absehen oder sie berücksichtigen oder noch einmal nach eigenem von der ersten Ansicht abweichenden Plane vornehmen, und hierdurch erst gewinnen sie das Ansehen wirklicher Untersuchungshandlungen. Sieht sich dagegen der zuständige Untersuchungsrichter sofort in der Lage, die ersten Schritte selbst zu thun, so würde es wohl dem Wesen der Sache widersprechend sein, wenn man hierin gleichfalls ein Provisorium, oder, was hier eben so viel bedeuten würde, ein Informativverfahren erkennen wollte. Ein Inquirent, sobald er anfängt zu inquiriren, ist nicht mehr in der Vorbereitung, sondern in der wirklichen Amtshandlung begriffen, denn am Ende ist, wenn man auf das Hauptziel der Untersuchung, auf die Aburtheilung hinblickt, das ganze Verfahren präparatorisch, insoweit es nämlich zur Information der Spruchrichter[131]) dient.

Da es aber die Regel bildet, daß die competente Behörde die einleitenden Schritte, die zum Untersuchungszwecke gehören, selbst thut, so kann auch erst bei der General- oder Voruntersuchung die Rede davon

---

127) Heffter, System des römischen und teutschen Civilprozeßrechtes (Bonn 1843), S. 118, 194.

128) Bauer, Abhandlungen a. a. O. S. 176. Martin, Lehrb. des Criminalproz., 4. Ausg., S. 316.

129) Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. IV, S. 822.

130) Unter diesen sind insbesondre die Ortsbürgermeister, Schultheißen und deren Stellvertreter zu verstehen. v. Jagemann, Handbuch der gerichtl. Untersuchungskunde Bd. I, §. 7, 16, 45 flg., 120, 166 flg.

131) Eine Untersuchung gilt so lange nicht als geschlossen, bis ein Urtheil darauf erfolgt ist; denn es kann der Gerichtshof Ergänzungen für nothwendig erachten, oder eine andere Ansicht über den Thatbestand aufstellen, so daß dann eine ganz neue Richtung der Inquisition nothwendig wird. — Leyser, medit. ad Pand. Spec. 562. m. 14. Mittermaier, Strafverfahren Th. II, S. 891. Müller, Lehrbuch des Criminalproz. §. 212.

Stadium[123]), wiewohl es nicht immer möglich sein wird, sofort darüber ins Reine zu kommen; denn es ist nicht jedem Zeugen oder Anzeiger der Zeitpunkt der begangenen That so zuverlässig bekannt, daß man hierauf gleich bauen könnte.

Eine eben so wichtige und jedesmal wiederkehrende Vorfrage ist die: ob das Verbrechen zu denjenigen gehöre, die von Amtswegen zu untersuchen sind. Hierüber wird jedoch der Inquirent auf den ersten Blick zu einem sicheren Entschlusse gelangen, weil die Verbrechen, die ohne Privatanzeige unberücksichtigt bleiben sollen, in den Gesetzen ohne irgend eine Dunkelheit aufgezählt sind[124]).

Besondere Vorsicht hat endlich der Inquirent hinsichtlich der Competenz anzuwenden, weil bekanntlich ein ganzes Verfahren als nichtig umgestoßen werden kann, wenn es von einem unzuständigen Beamten geleitet wurde. Ueberall jedoch, wo das forum praeventionis[125]) gilt, läuft man weniger Gefahr in dieser Beziehung; denn es bedarf alsdann nur der Nachweisung irgend eines vorhandenen Gerichtsstandes. Daß übrigens auch der incompetente Richter, wenn er der erste ist, der von dem Verbrechen Kenntniß erhält, die vorläufigen Erhebungen und Sicherungsmaßregeln anwenden darf, ist nicht zu bezweifeln, und die Annahme des Gegentheiles würde in allen derartigen Fällen zur Vereitelung der Wahrheitserforschung führen, welche doch überall als der voranstehende Zweck zu betrachten ist. Nur darin hat sich der unzuständige Beamte in Acht zu nehmen, daß er nicht weiter gehe, als es die Dringlichkeit der Lage, in der er die Beweismittel vorfindet, erfordert.

Es ist schon bemerkt worden, daß das Informativverfahren in der Regel mit wenigen Zeilen abgemacht und der Untersuchungsbeamte seine Schuldigkeit gethan hat, wenn er nur keinen dieser Punkte übersieht; denn erst dann[126]) ist es nothwendig, daß er sich darüber zu den Acten äußert, wenn er die eine oder andere jener Fragen negativ beantworten zu müssen glaubt. Die Vermuthung streitet für die Regel und diese ist, wie jeder Practiker bestätigen kann, Glaubwürdigkeit und Begründetheit der ersten Anzeige, Nichtverjährung, Nothwendigkeit der Einschreitung von Amtswegen und Competenz des Gerichtes, wo die Sache anhängig wird. Gerade wie im Civilprozesse verhält es sich mit diesen Vorfragen. Es wird keinem Civilrichter einfallen, über die Klagbegrün-

123) Bei Fleischesverbrechen, deren Strafbarkeit schon nach 5 Jahren aufhört, wird oft hierin ein Versehen begangen. Kitka a. a. O. S. 70, Nr. 9. Marezoll, das teutsche Criminalrecht (Leipzig 1841), S. 165.

124) Nothzucht, Ehebruch, Familiendiebstahl, Ehrenkränkungen. Mittermaier, Strafverf. Th. II, S. 19. Bauer, Abhandlungen Bd. II, S. 175.

125) S. dieses Werk Bd. IV, S. 580. Es können in einem und demselben Falle concurriren und präveniren: der Gerichtsstand der begangenen That, des Wohnortes und der Ergreifung.

126) Man muß in unserem schreibseligen Zeitalter, zumal aber in gerichtlichen Angelegenheiten, wo die Schrift die freie Rede fast erdrückt hat, nicht auf Vermehrung der Anlässe zum Schreiben, sondern vielmehr auf deren Verminderung ausgehen.

dung und Zuständigkeit seines Forums Decrete zu erlassen, wenn er hieran keinen Mangel erkennt[127]). Gleichwohl würde es in jedem Strafprozeßgesetze sehr wohl am Platze sein, die Inquirenten ausdrücklich zu verpflichten, daß sie die erwähnten Präliminarpunkte immer zunächst in Erwägung ziehen.

Wenn man fernerhin zur Information diejenigen Schritte zählen will[128]), welche die öffentlichen Behörden zur augenblicklichen Feststellung des Status quo und zur Sicherung des möglichen Erfolges einer Untersuchung[129]) vornehmen, so dürfte dieses nur bedingte Beistimmung verdienen, nämlich in so weit, als die zuständigen Untersuchungsrichter nicht selbst solche Handlungen vollziehen. Nicht immer kann die Einschreitung derselben unmittelbar nach der That bewirkt werden, zumal wenn das Verbrechen nicht an ihrem Amtssitze vorfällt. Dann ist es allerdings nicht nur ein Recht, sondern eine Pflicht aller zunächst befindlichen Criminal- oder Polizeibehörden[130]), diejenigen Maßregeln vorzukehren, welche der competente Richter muthmaßlich auch seinerseits angeordnet haben würde. Solche Maßregeln haben aber nur einen provisorischen Charakter. Der competente Richter kann, wenn ihm die Acten darüber zu Handen kommen, ganz davon absehen oder sie berücksichtigen oder noch einmal nach eigenem von der ersten Ansicht abweichenden Plane vornehmen, und hierdurch erst gewinnen sie das Ansehen wirklicher Untersuchungshandlungen. Sieht sich dagegen der zuständige Untersuchungsrichter sofort in der Lage, die ersten Schritte selbst zu thun, so würde es wohl dem Wesen der Sache widersprechend sein, wenn man hierin gleichfalls ein Provisorium, oder, was hier eben so viel bedeuten würde, ein Informativverfahren erkennen wollte. Ein Inquirent, sobald er anfängt zu inquiriren, ist nicht mehr in der Vorbereitung, sondern in der wirklichen Amtshandlung begriffen, denn am Ende ist, wenn man auf das Hauptziel der Untersuchung, auf die Aburtheilung hinblickt, das ganze Verfahren präparatorisch, insoweit es nämlich zur Information der Spruchrichter[131]) dient.

Da es aber die Regel bildet, daß die competente Behörde die einleitenden Schritte, die zum Untersuchungszwecke gehören, selbst thut, so kann auch erst bei der General- oder Voruntersuchung die Rede davon

---

127) Heffter, System des römischen und teutschen Civilprozeßrechtes (Bonn 1843), S. 118, 194.

128) Bauer, Abhandlungen a. a. O. S. 176. Martin, Lehrb. des Criminalproz., 4. Ausg., S. 316.

129) Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. IV, S. 822.

130) Unter diesen sind insbesondre die Ortsbürgermeister, Schultheißen und deren Stellvertreter zu verstehen. v. Jagemann, Handbuch der gerichtl. Untersuchungskunde Bd. I, §. 7, 16, 45 flg., 120, 166 flg.

131) Eine Untersuchung gilt so lange nicht als geschlossen, bis ein Urtheil darauf erfolgt ist; denn es kann der Gerichtshof Ergänzungen für nothwendig erachten, oder eine andere Ansicht über den Thatbestand aufstellen, so daß dann eine ganz neue Richtung der Inquisition nothwendig wird. — Leyser, medit. ad Pand. Spec. 562. m. 14. Mittermaier, Strafverfahren Th. II, S. 891. Müller, Lehrbuch des Criminalproz. §. 212.

sein, in was die Schritte bestehen dürfen. Hat übrigens ausnahmsw eine andere Behörde provisorisch solche Vorkehrungen getroffen, und Untersuchungsrichter vermag aus den ihm zugestellten Acten kein hinreichenden Grund zur Einleitung eines inquisitorischen Verfahrens schöpfen, so legt er, mit einem einfachen Beschlusse, der dieses a spricht[182]), die Acten in die Registratur.

Die Voruntersuchung, womit das eigentliche Verfahren begin hat als Hauptzweck die Herstellung des Thatbestandes eine Verbrechens[133]) zu erfüllen und sie darf sich nicht, wie man es heutzutage häufig dafür hält, damit begnügen, einen sogen. objective Thatbestand zu erweisen, sondern es ist der ganze und volle Thatbe-stand darunter zu verstehen. Alle diejenigen, welche noch jenem unlogi-schen Sprachgebrauche[134]) von objectivem und subjectivem Thatbestand huldigen, schweben beständig in der Gefahr, eine Thatsache, die ein ein-faches Naturereigniß oder die Folge einer Unvorsichtigkeit des Beschädig-ten[135]) ist, für ein Verbrechen anzusehen und darauf nicht nur Zeit und Mühe zu verschwenden, sondern auch viele Menschen unnöthig in die Gerichtsschranken zu ziehen. Eine Thatsache, die nur möglicher-weise ein Verbrechen sein könnte, darf als solches nicht angesehen werden, so lange es an der Gewißheit oder mindestens an der Wahr-scheinlichkeit[136]) gebricht, daß dieselbe durch rechtswidrige Einwirkung eines Dritten herbeigeführt worden ist. Verbrechen ohne Verbrecher kann es nimmermehr geben. So einfach diese Wahrheit ist, so wird sie doch von den blinden Anhängern jenes irrigen Begriffes von einem objectiven Thatbestande fortwährend verkannt; denn sie glauben jedesmal einen sicheren und gesetzlichen Ausgangspunkt zu einer Criminalprocedur zu haben, wenn die objectiven Merkmale[137]) eines möglichen Verbrechens vorhan-

---

182) Hier schließt sich dann wirklich das Verfahren, trotz des Vorliegens von Untersuchungshandlungen, schon mit der Information ab. Es ist aber ein solches Decret nur eine Notiz zu den Acten und braucht Niemandem publicirt zu werden.

133) Stübel, über den Thatbestand der Verbrechen. Wittenberg 1805. Kitka, Beitrag zur Lehre über die Erhebung des Thatbestandes der Verbrechen. Wien 1831. Luden, über den Thatbestand des Verbrechens. Göttingen 1840.

134) Nachweisbar ist, daß diese Eintheilung in den älteren criminalistischen Werken nicht vorkommt, indem dort immer nur corpus delicti und reatus seu imputatio iuris et facti unterschieden wurden. Durch die Praxis der Gerichtshöfe schlich sich der Gebrauch erst ein und wurde dann von manchen Rechtslehrern, offenbar zum Nachtheile für die wissenschaftliche Erkenntniß, adoptirt. Feuerbach (Lehrb., 1. Ausg., §. 89, 90, 13. Ausg., §. 81, 82) und Grolman (Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 475, 476) haben sich übrigens nie darauf eingelassen.

135) Dieß sind Unglücksfälle, welche lediglich die Cognition der Polizeibehörde berühren. Wollen, Anweisung zum Verf. in Strafsachen S. 34.

136) Stübel, Thatbestand der Verbr. §. 171—173.

137) Das Verdienst, auf die richtigere Unterscheidung von ob- und subjectiven Merkmalen des verbrecherischen Thatbestandes hingewiesen zu haben, gebührt Kitka a. a. O. §. 2, und Abegg, Lehrb. der Strafrechtsw. (Neustadt 1836), S. 104, noch bestimmter aber in dessen Recension von Temme's Commentar (kritische Jahrb. für Rechtsw. Jahrgang III, S. 347—349).

den sind, z. B. ein verletzter Leichnam, die Brandstätte eines Hauses, eine unechte Münze, das Vermissen eines Eigenthumsstückes u. dgl. m. Aber es gehören ja nothwendig auch subjective Merkmale zum Thatbestande, d. h. Spuren von verbrecherischer Einwirkung. Allerdings kann man nicht verlangen, daß von vorn herein auch erhelle, wer das in Frage stehende Subject gewesen sei und ob dasselbe im Zustande freier Willensbestimmung gehandelt habe. Allein diese Ausmittelung bleibt dem zweiten Theile der Untersuchung vorbehalten; sie umfaßt den Beweis der Thäterschaft und der Exculpation.

Von dieser Berichtigung eines in der Praxis ziemlich festsitzenden Irrthumes[138]) über den Begriff des Thatbestandes ausgehend, kann man nun den Vorwurf der Voruntersuchung um so sicherer ins Auge fassen.

I. Die Voruntersuchung muß sich damit beschäftigen:

1) Die äußeren Spuren des kund gewordenen Verbrechens aufzusuchen und actenmäßig zu machen. Dazu gehören denn vornehmlich alle Augenscheinshandlungen, welche der Richter theils allein vornimmt, theils aber, in so weit besondere Kenntnisse dazu erfordert werden, durch Sachverständige ergänzen läßt[139]). Kann der Act nicht sofort stattfinden, so gebietet die Vorsicht, den Ort der That bis dahin gehörig bewachen zu lassen[140]). Werden daselbst Werkzeuge, die zur Thatverübung gedient haben mögen, aufgefunden, so sind dieselben zu Gerichtshanden zu nehmen und in den Acten möglichst genau zu beschreiben. Die Ergebnisse solcher richterlichen Wahrnehmungen werden oft durch Zeichnungen zweckmäßig erläutert.

2) Hat man Grund, irgendwo den Besitz einer abhanden gekommenen Sache oder die Verbergung eines Werkzeuges oder sonstigen Ueberführungsstückes zu vermuthen, so wird die Haussuchung[141]) angeordnet oder beziehungsweise Durchsuchung und Beschlagnahme der Papiere verfügt. Auch die Kleider eines Verdächtigen können der Visitation unterworfen werden[142]).

3) Vorzugsweise muß aber der Untersuchungsrichter sich befleißigen, diejenigen Personen, welche durch die That zunächst berührt wurden, nunmehr ausführlich zu vernehmen, und wenn dieses bereits im Infor-

---

138) Man gehe nur die Entscheidungsgründe so mancher in den criminalistischen Annalen verschiedener Länder abgedruckten Urtheile durch und man wird fast regelmäßig auf die Voranstellung des objectiven Thatbestandes stoßen; ja es wurde früher eine Relation gar nicht für schulgerecht gehalten, wenn sie nicht A. vom objectiven und B. vom subjectiven Thatbestande handelte. S. auch Bauer, Abhandlungen Bd. I, S. 228, 231, Bd. II, S. 221.

139) Mittermaier, Lehre vom Beweise im Strafproz. §. 21—30.

140) v. Jagemann, in dessen und Nöllner's Zeitschrift für Strafverfahren Bd. I, S. 335—337. Kitka a. a. O. S. 216, 217.

141) S. dieses Werk Bd. IV, S. 228 flg.

142) In Beziehung auf zu vermuthende Spuren von Blut, Nässe, Koth u. s. w., und die Fußbekleidung zur Vergleichung mit etwa vorgefundenen Fußstapfen. Kitka, die Beweislehre im österreichischen Criminalstrafprozesse (Wien 1841), S. 337.

mativwege[143]) geschah, so muß er jetzt auf Vervollständigung der bei gegebenen Angaben dringen, und es ist fast jedesmal der Fall, daß die vorläufigen Notizen, weil sie in der Eile und Bestürzung aufgenommen wurden, auch eine deutlichere Ansicht von dem vorliegenden Thatbestande mangelte, lückenhaft aufgenommen wurden. Man thut daher gut daran, die Beschädigten und Verletzten[144]), diese zumal, wenn sie gefährlich darniederliegen, sofort zu beeidigen[145]). Ein nicht geringer Vortheil ist es bei der Vernehmung solcher Personen, wenn man mit ihnen auf den Platz der That[146]) sich begibt; denn die localen Erläuterungen führen schnell über alle Anstände und Mißverständnisse hinaus, welche sich so leicht beim Verhöre in der Amtsstube erheben.

Die Beschädigten, zumal die Bestohlenen, Betrogenen und Beraubten, müssen die Gegenstände und Summen, auf die es ankommt, hier schon bis in die kleinsten Einzelnheiten beschreiben und wo möglich die Geldsorten, ja Kennzeichen einzelner Stücke namhaft machen. Die Nebenumstände der That[147]) können natürlich von Niemand besser als von denen, die dadurch betroffen wurden, geschildert werden. Es kommt ungemein viel auf die Nebenumstände an, weil nicht nur die Milderungs- und Schärfungsgründe dadurch begründet werden, sondern die Entscheidungsrichter zuweilen ein größeres Gewicht auf dieselben, wie auf die vermeintlichen Hauptumstände legen und folgeweise zur Annahme eines ganz anderen Thatbestandes gelangen[148]).

Man sollte sich jedoch nie mit der Einvernahme derer, die der Schaden betroffen hat, begnügen, sondern auch deren nächste Angehörige, Hausgenossen, Begleiter u. s. w.[149]), wenn sie auch nicht gerade als Zeugen angeführt wurden, über den Thatbestand befragen. Wissen sie auch nichts vom wirklichen Verlaufe der verbrecherischen Handlung anzugeben, so sind sie doch immer im Stande, über die Beschaffenheit der beschädigten Objecte oder Subjecte unmittelbar vor und nach der That Auskunft zu geben, wodurch eine Ergänzung zum Beweise des Thatbestandes erzielt wird, die immer wünschenswerth ist, wenn das Verbrechen zunächst blos

---

143) Pfister, merkwürdige Criminalfälle Bd. I, S. 155, Bd. V, S. 471, Nr. 10.

144) Mittermaier, Lehre vom Beweise S. 325—327.

145) Archiv des Criminalrechtes Jahrgang 1835, S. 530.

146) v. Jagemann, Handb. der Untersuchungskunde Bd. I, §. 147—150, Bd. II, Nr. 116, 117.

147) Diese sind wohl zu unterscheiden von den Nebenumständen der Thäterschaft, wie z. B. Leumunds-, Vermögens-, Freundschafts- und Feindschaftsverhältnisse, welche in der Regel erst in der Hauptuntersuchung zur Sprache kommen.

148) Merkwürdige Beispiele s. bei Kitka, die Beweislehre im österr. Criminalstrafproz. §. 76.

149) Ueber die hierbei zu befolgenden Regeln s. Kitka, über Erhebung des Thatbestandes §. 29, 30. Daß übrigens bei dergleichen Vernehmungen mit der eidlichen Verpflichtung nicht zu beginnen sei, wurde gezeigt durch v. Jagemann, im Archiv des Criminalrechtes Jahrg. 1835, Abh. Nr. XX.

urch den Damnificaten angegeben wurde, indem dieser mehr oder weniger ls verdächtiger[150]) Zeuge anzusehen ist.

4) Tritt der Tod eines Verletzten ein, so wird die Leichenschau und ie Leichenöffnung[151]) nothwendig. Diese gehören zu den wichtigsten und schwierigsten Handlungen, die in der Voruntersuchung vorkommen önnen. Da es jedesmal die Pflicht der Gerichtsärzte ist, den Körper rst Glied für Glied zu untersuchen, dann die Kopf-, Brust- und Bauchhöhle[152]) zu eröffnen und alle wesentlicheren Organe, wie man sie gefunden, genau zu beschreiben, so tritt begreiflicherweise leicht Ermüdung und Gleichgiltigkeit ein, so daß ein Obductionsprotocoll, wobei erhebliche Momente ganz übergangen werden, gar keine Seltenheit sind. Nicht minder entbehrt oft die Beschreibung der erkannten Verletzungen[153]) der nöthigen Bestimmtheit, wie z. B. hinsichtlich der Breite, Länge und Tiefe der Wunden und der Beschaffenheit ihrer Ränder. Des Inquirenten Pflicht[154]) ist es, darüber zu wachen, daß solche Fehler nicht vorgehen. Er bleibt Dirigent des Geschäftes, ob da Dinge verrichtet werden, die er selbst verrichten kann oder nicht. Es genügt bei ihm zu wissen, auf welche Hauptpunkte Rücksicht zu nehmen ist, und wenn die Aerzte darin nachlässig sind, so hat er sie zur Erfüllung ihrer Obliegenheiten anzuhalten. Alles Versäumte ist mehr oder weniger nachzuholen, aber die Mängel einer Section können nach Jahr und Tag gar nicht mehr gut gemacht werden[155]). Das Ergebniß der Inspection kann aber bezüglich der Verletzungen schon nach vollbrachter Section nicht mehr vervollständigt werden, weil die äußeren Bedeckungen durch diese Operation aus ihrer natürlichen Lage und Spannung gebracht werden.

5) Eine Ausnahme von der Regel, daß specielle Vorhalte erst im Laufe der Hauptuntersuchung an die Verdächtigen gemacht werden sollen, findet bei einem solchen Todesfalle statt. Da ein Leichnam nicht länger als einige Tage unbeerdigt liegen bleiben darf und doch sehr viel daran gelegen ist, ihn denjenigen, welche ihn in diesen Zustand versetzt zu haben verdächtig sind, noch vorzuzeigen, so ist es ein von Altersher angenommener Satz, daß letztere schon am ersten Tage nach der Entdeckung des

150) Bolley, Anweisung zum Verfahren in Strafsachen (Stuttgart 1809), S. 91.

151) P. G.-O. Art. 149. Koch, instit. iur. crim. §. 722.

152) Preußische Criminalordn. §. 165. Bayer. Strafges. Th. II, §. 244.

153) Hierzu gehört zugleich auch die Besichtigung und Beschreibung der Kleidungsstücke, die der Getödtete zuletzt trug. Pfister, Criminalfälle Bd. V, S. 593, Nr. 5.

154) Mit Recht droht das bayer'sche Strafgesetzb. a. a. O. dem Untersuchungsrichter, oder dem Gerichtsarzte, welcher der Aufforderung des Untersuchungsrichters pflichtwidrig entgegengehandelt hat, mit einer Ordnungsstrafe von 5 bis 50 Gulden.

155) Siebenhaar, encyklopädisches Handbuch der gerichtl. Arzneikunde Bd. I, S. 144. Mittermaier, Strafverfahren Th. II, S. 49, 50.

Leichnams vor denselben hingeführt[156]) werden[157]), um zu sehen, welchen Eindruck er auf sie macht und zugleich um sich später in der Hauptuntersuchung auf die Vorzeigung des corpus delicti berufen zu können.

6) Alle Personen, von denen irgend zu erwarten steht, daß sie Kenntniß von der Sache haben, werden im Laufe der Voruntersuchung einvernommen, nicht sowohl um Beweismittel festzustellen, als zunächst nur, um zu erfahren, ob und in wie weit sie eine Auskunft geben können. Bei wichtigen Ereignissen wird es solchergestalt oft nöthig, hunderte von Personen abzuhören[158]), und am Ende sind vielleicht weniger als die Hälfte davon zum Beweise dienlich. Das Wesen der Inquisition bringt es nämlich mit sich, daß man nicht bei dem stehen bleibt, was dem Gerichte freiwillig hinterbracht wird, sondern auf allen Wegen, die einen Beitrag zur Aufklärung zu liefern versprechen, selbstständig nachforscht[159]), und es wird dieß um so unerläßlicher, als mit der steigenden Civilisation eine immer größere Zurückgezogenheit der Bürger von der Thätigkeit der Criminalbehörden fühlbar wird. Ein Jeder hat Noth den vielen Anforderungen, die jetzt an ihn selbst gemacht werden, zu entsprechen, und so denkt er denn auch, daß die Untersuchungsrichter mächtig und fähig genug seien, das, was zu ihrem Geschäfte gehört, ohne Privathilfe in Stand zu setzen[160]). Deßhalb müssen denn auch die Polizeibehörden und ihre Diener heutzutage die Inquirenten um so kräftiger im Aufsuchen des Untersuchungsstoffes unterstützen.

Die Zeugen werden übrigens in der Voruntersuchung nur summarisch, d. h. so vernommen, daß man sie befragt, ob sie von dem in Frage stehenden Verbrechen oder von näher zu bezeichnenden Nebenumständen, mit denen sie etwa in Beziehung stehen sollen, irgend etwas angeben können, und wenn darauf eine Deposition erfolgt, so läßt man den Zeugen, ohne eine andere Unterbrechung, als die etwa zur Erläute-

---

156) Schon im ältesten Rechte kam dieß, und zwar beim Prozesse auf blickenden Schein vor. S. Zöpfl, das alte Bamberger Recht S. 139. Damit verwandt scheint auch das sogen. Bahrrecht gewesen zu sein. Beyer, delineatio iur. crim. (Lips. 1714.) p. 41.

157) v. Jagemann, Handbuch der gerichtl. Untersuchungskunde Bd. II, Nr. 132, 133.

158) Je größer die Zahl der zu vernehmenden Personen steigt, desto nothwendiger wird es, daß der Untersuchungsrichter Hilfsarbeiter (Assessoren, Practikanten, Referendarien u. s. w.) beizieht, welchen er die minder erheblich scheinenden Verhöre überträgt, jedoch wo möglich so, daß er mindestens bei dem mündlichen Vorgespräch überall selbst zugegen ist, um die Aussage auf die rechten Punkte hinzulenken. Daß dieß in der gemeinrechtlichen Praxis erlaubt ist, lehrt Bauer, Anleitung zur Criminalpraxis (Göttingen 1837), S. 49, II.

159) Lesenswerth ist hierüber das Buch: Von dem Verfahren wider Criminalverbrecher von einem Beamten des Magistrates zu Wien (1794), Abschnitt II, Hauptstück IX.

160) Ahrens, Cours de droit naturel. (Paris 1838.) p. 364., sagt zwar: La puissance politique, si elle n'est pas appuyée du concours de tous les autres élémens sociaux, est nécessairement éphémère; allein es ist die Frage, ob nicht die Strafgewalt besser daran ist, wenn sich das Volk gar nicht hineinmischt, als wenn mitunter ein Verbrechen unentdeckt bleibt.

rung von Dunkelheiten nöthig erscheinende, fortsprechen, bis er zu Ende ist. Das Protocoll hat also immer das Ansehen einer hervorgerufenen Erzählung und nicht eines formellen Verhöres. Es ist mehr, als Manche glauben, von Wichtigkeit, die Zeugen bei ihrem ersten Auftreten also zu behandeln; denn auf Lücken und Widersprüche kann man sie, wegen der noch mangelnden Sicherheit im Ueberblicke des Ganzen, nicht wohl aufmerksam machen, weil dadurch die Reinheit der Aussage verkümmert werden dürfte; zudem aber ist es ein Erfahrungssatz, daß Jedermann, besonders wenn er in gerichtlichen Angelegenheiten noch fremd und schüchtern [161]) ist, vollständiger und unbefangener seine Wissenschaft angibt, als wenn man ihm viele Fragen und Ausstellungen dazwischen wirft. Schlichte Landleute zumal sind im Gedankengange und Vortrage nicht so gewandt, das einmal im Inneren reproducirte Bild einer Thatsache, ungeachtet vieler Querfragen, gehörig festhalten und wieder geben zu können [162]).

Aus diesen Bemerkungen erhellt es wohl von selbst, daß die Zeugen während der Voruntersuchung in der Regel nicht beeidigt werden dürfen [163]). Die Theorie ist immer noch fast einstimmig der entgegengesetzten Ansicht zugethan [164]) und beruft sich auf römische Gesetzesstellen [165]), welche hier nicht anwendbar, überdieß aber auch nicht streng gebietend sind. Das teutsche Recht enthält über den Zeitpunkt der Beeidigung gar keine Bestimmung. Die Regel ist daher aus der organischen Beschaffenheit des Prozesses und aus den Rücksichten auf Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit zu abstrahiren.

Die Voruntersuchung ist summarischer Natur und gestattet daher noch kein näheres Eingehen in Bedeutung und Gehalt der Beweismittel. So sind auch die Zeugen vorerst mehr Kundschaftsgehilfen, als förmliche Stützen eines criminalistischen Beweises; man muß Zeit gewinnen, um sich über ihre Qualitäten, Charakter und Geisteskräfte anderwärts zu informiren [166]) und um sich auch zu verlässigen, ob sie nicht mit der That oder mit dem Thäter in einer Verbindung stehen, die sie verdächtig machen könnte.

Der Hauptgrund, warum man ihre Beeidigung bis zur Hauptuntersuchung oder doch bis zum zweiten Verhöre in der Voruntersuchung ver-

---

161) Brauer, in Hemme's Annalen der Criminalrechtspflege Bd. XIV, S. 21.

162) Vgl. v. Jagemann, Handb. der gerichtl. Untersuchungskunde Bd. I, §. 450—461: über Behandlung und Vernehmung der Zeugen.

163) Kitka, über Erhebung des Thatbestandes §. 60—63, und v. Jagemann, in dem Archiv des Criminalrechtes Jahrg. 1835, Abhandlung über die Frage: Sind die Zeugen im Strafprozesse vor oder nach der Vernehmung zu beeidigen?

164) Daß schon vor Jahrhunderten Zeugenvernehmungen ohne vorgängige Beeidigung vorkamen, geht aus einer Stelle bei Carpzov, pract. rer. crim. Pars III. quaest. 114. nr. 67. hervor: Cumque in processu inquisitionis generali testes saepissime iniurati deponant etc.

165) Archiv des Criminalrechtes a. a. O. S. 495—497.

166) Bauer, Anleitung zur Criminalpraxis §. 40, 43. Mittermaier, Strafverfahren, 3. Aufl., Th. II, S. 91.

schieben muß, liegt also darin, daß man Niemand eidlich verpflichte, der am Ende selbst als Betheiligter erkannt würde, weil dann der Eid eine ganz andere Bedeutung, nämlich die eines Reinigungseides erhalten würde. Ferner aber sollte man nie von dem Gesichtspunkte abgehen, daß Eide so viel als möglich zu vermeiden sind, damit dieses wichtigste Mittel der Wahrheitserforschung nicht profanirt[167]) und folgeweise entkräftet werde. Vorhin ist berührt worden, daß man, wenn es zum Enderkenntnisse kommt, oft kaum die Hälfte der in der Voruntersuchung abgehörten Zeugen gebrauchen kann; wie bedauerlich muß es dann sein, wenn die andere Hälfte sämmtlich überflüssige Eide geschworen hat!

Von so manchen anderen Gründen gegen die Vorausbeeidigung abgesehen, darf also hier wohl mit Recht der in der Praxis ohnedieß schon fast allgemein recipirte Satz wiederholt werden, daß die Zeugen auf die erste Ladung unbeeidigt einzuvernehmen sind[168]).

7) Aehnlich gestaltet sich in dieser Periode der Untersuchung das Verhör mit Personen, die der That verdächtig sind. Sie dürfen in der Regel[169]) noch nicht als Angeschuldigte behandelt werden, weil die Grundlagen hierzu noch nicht Festigkeit genug haben. Man vernimmt sie summarisch und wenn man irgend auf Verhörsfragen sich schon einlassen will, so umfassen dieselben nur den Thatbestand, über welchen ein Verdächtigter so gut wie jeder Zeuge um Auskunft angegangen werden kann, ohne daß er sich wegen voreiliger Anklage zu beschweren hätte. Wesentlich ist jedoch ferner, solche Individuen durch sogen. Generalfragen zur genaueren Angabe ihrer jetzigen und früheren Lebensverhältnisse zu veranlassen, denn es muß von vorn herein

8) die Leumundserforschung[170]) angestellt werden. Dazu gehört eine sichere Kenntniß von dem Geburts- und Wohnorte[171]) des Verdächtigen, damit man dort nicht nur die Localbehörden, sondern auch die Angehörigen, Lehrer und Standesgenossen u. s. w. über früheres Betragen[172]), Gemüthsart u. s. w. zum Berichte ziehen kann. Hauptsäch-

---

167) Nicht nur die Vervielfältigung der Eide schadet ihrem Ansehen, sondern auch die tumultuarische Form, in der sie, wenn der Inquirent noch mit den ersten schleunigen Vorkehrungen in der Generaluntersuchung beschäftigt ist, meistens abgenommen werden müssen. — Vgl. preußische Criminalordn. §. 338. Schneider, Lehre vom rechtlichen Beweise §. 480.

168) Rathsam ist es immer, daß die Beeidigung bald nachgeholt werde, weil sonst nicht nur die frische Erinnerung an die Thatsachen schwinden, sondern auch Versuche, die Redlichkeit des Zeugen zu erschüttern, gemacht werden könnten. Vgl. Carpzov l. c. nr. 67.

169) Freilich gibt es auch Fälle, wo ein bestimmtes Subject gleich durch die ersten Erhebungen so entschieden als der Thäter bezeichnet wird, daß man dasselbe sofort als angeschuldigt zu behandeln verantworten könnte; allein es ist gleichwohl besser, mit der Anschuldigung zurückzuhalten, bis alle Beweismittel auch formell in Ordnung sind. Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte und Strafprozesse S. 208.

170) S. bes. Mittermaier, Strafverfahren Th. II, §. 131.

171) Vgl. das Werk: Von dem Verfahren wider Criminalverbrecher, von einem Mitgliede des Magistrates zu Wien, S. 139, §. 33.

172) J. S. Boehmer ad Carpzov., pract. rer. crim. P. III. quaest. 83. observ. 5.

lich zeigt sich aber dann die Nothwendigkeit, alsbald darauf Rücksicht zu nehmen, wenn sich herausstellt, daß dieses Subject schon einmal in Untersuchung war; denn es müssen nun die Acten hierüber requirirt werden, welches oft längere Zeit erfordert, und wenn der Angeschuldigte verhaftet wird, so ist es ein großer Mißstand, denselben, ohne daß ein Zug an seiner Untersuchung geschieht, sitzen zu lassen, bis die Voracten alle beisammen[173]) sind.

9) Nicht minder empfiehlt sich, im Hinblick auf den Wunsch der Abkürzung, der Gebrauch, die in Verdacht gestellten Personen gleich von Anfang zu befragen, wo sie sich zu der Zeit, als das Verbrechen geschehen ist, aufgehalten haben. Will der Befragte hierauf sofort zum Geständniß schreiten, so ist es um so besser, denn er wurde in keiner Weise dazu genöthigt; will er sich aber auf den Beweis des Alibi[174]) einlassen, so kann er zur Angabe der Zeugen, die dieß erhärten sollen, veranlaßt werden, und letztere vernimmt man ohne Verzug, damit auch der Entschuldigungsbeweis ein Fundament erhalte. Macht der Verhörte eine Andeutung, die auf Geisteskrankheit oder Trunkenheit zur Zeit der That hinweist, so wäre er auch hierüber zur Namhaftmachung der Zeugen anzuhalten; denn besonders in ersterer[175]) Beziehung ist es gewöhnlich sehr mühsam und zeitraubend[176]), eine juristische Gewißheit vorzubereiten.

10) Schreitet eine verdächtige Person gleich im summarischen Verhöre auf die Frage, ob sie etwas von der That wisse[177]), zum Geständnisse, so versteht es sich von selbst, daß der Untersuchungsrichter so viel, als er nach Lage der Acten schon begründet findet, zur weiteren Beantwortung vorhalten muß; er glaube aber nicht, daß er jetzt schon berufen sei, die Untersuchung zu beendigen; es muß vielmehr der äußere Beweis nun doch eben so gut, wenn auch vielleicht minder weitläufig, verificirt werden, als wenn kein Geständniß vorhanden wäre. Gerade das ist eine der schönsten Pflichten des Inquirenten, die Glaubwürdigkeit eines Geständnisses[178]) zu prüfen und in das gehörige Licht zu setzen. Mit der ersten Angabe, die ein Geständniß enthält, ist daher die Vor-

---

173) Man kann dieselben hauptsächlich bei Anklagen wegen Diebstahles nicht entbehren, weil hier der dritte Rückfall ein ganz eigenes genus delicti begründet.

174) Mittermaier, Lehre vom Beweise im Strafproz. S. 155, 156. v. Jagemann, Handbuch der Untersuchungskunde Bd. I, S. 401.

175) Mende, Handbuch der gerichtlichen Medicin Th. VI, S. 125 flg. Roller, in Schneider's Annalen der Staatsarzneikunde Bd. III, S. 417.

176) Es müssen oft mehr Zeugen darüber vernommen werden, als über die That selbst. Zeitschrift für teutsches Strafverfahren Bd. II, S. 249—252.

177) Ueber die erste Verhörsfrage vgl. Abegg, im Archiv des Criminalrechtes Jahrgang 1841, Abh. VIII, und Puchta, im n. Archiv des Criminalrechtes Bd. IV, Abh. XIX.

178) Mittermaier, Lehre vom Beweise §. 31—34. Abegg, Lehrb. des Criminalproz. §. 107—110. Müller, Lehrb. des Criminalproz. §. 101, 102.

untersuchung nur in dem Falle, wenn die Thatbestandsbeweise[179]) gehörig erhoben sind, abzuschließen, und erst in der Hauptuntersuchung geht man zur gründlicheren Erörterung aller Fragen des Thatbestandes und der Thäterschaft mit dem Geständigen über. Eine erschöpfende Herstellung des Beweises ist auch um deßwillen von der Vorsicht geboten, weil nicht selten ein Inculpat mit halben Geständnissen nur, um desto schneller von der Sache zu kommen, herausrückt, und dann doch die Lücken anderweit ergänzt werden müssen, oder auch später seine Aufrichtigkeit sich gereuen läßt, d. i. widerruft[180]), wo man alsdann, wenn der Beweis durch Zeugen nicht schon vorbereitet war, mit um so größerer Anstrengung darauf zurückkommen[180a]) muß.

11) Sind die verdächtigen Personen nicht gleich ausfindig zu machen, so tritt die Nothwendigkeit von Fahndungsmaßregeln ein, über deren Stufenleiter und Gebrauch man sich hier auf den Artikel Fahndung[181]) beziehen kann. Schleunigkeit ist dabei als das erste Gebot anzusehen; denn eine Fahndung, die in langsamen und verzagten Schritten vor sich geht, ist nicht nur überflüssig und zwecklos, sondern sie dient oft dazu, den Inquirenten im Publicum allem Tadel und Gespötte auszusetzen.

12) Von besonderer Wichtigkeit für das Gelingen und Befördern der Inquisitionszwecke ist die aus der Praxis geschöpfte Regel, in allen Fällen von einiger Bedeutung und namentlich da, wo richterliche Augenscheine vorzunehmen sind, die ersten Schritte und Vernehmungen alle unmittelbar am Orte der That[182]) zu bewerkstelligen. Der Vortheil besteht nicht nur, wie schon erwähnt, in der größeren Sicherheit beim Ueberblicken der localen Verhältnisse, sondern auch darin, daß man die Personen, deren Vernehmung nothwendig wird, augenblicklich vorfordern und ohne Aufenthalt wieder entlassen kann. Die Criminaljustiz darf nie außer Augen lassen, welch harte Anforderungen sie an die Staatsbürger stellt und muß daher stets darauf bedacht sein, solche Pflichterfüllungen so wenig als möglich drückend[183]) zu machen.

---

179) Mittermaier a. a. O. §. 85. Krug, in Watzdorf's crimin. Jahrb. für Sachsen Bd. I, S. 119. Stübel, über den Thatbestand der Verbrechen §. 223.

180) Tittmann, über Geständniß und Widerruf. Halle 1810. Henke, Handb. des Criminalrechtes Bd. IV, S. 494 flg.

180a) Tittmann a. a. O. S. 102.

181) In diesem Werke Bd. IV, S. 197 flg.

182) v. Jagemann, Handb. der Untersuchungskunde Bd. I, §. 116—171, Bd. II, Nr. 96—134. Die meisten Inquirenten glauben, daß ein auswärtiges Geschäft nur in solchen Handlungen bestehen könne, wo die Anwesenheit des Richters unumgänglich nothwendig ist, wie z. B. bei Inspectionen, Vernehmungen kranker Zeugen, Vulneraten u. dgl. Allein der Inquirent hat gar keinen bestimmten Ort der Verhandlung, wenn auch der seines Wohnsitzes als der regelmäßige anzusehen ist. Er hat an jedem Platze, der zu seinem Bezirke gehört, je nach Umständen, das Recht, eine Untersuchung ganz oder theilweise zu führen.

183) Zeitschrift für teutsches Strafverfahren Bd. I, S. 28 flg.

13) Wenn der muthmaßliche Thäter am Orte der That sich noch befindet, so kann man durch ein so schleuniges Verfahren bald in den Stand gesetzt sein, zu wissen, ob provisorische Maßregeln gegen dessen Person zu verhängen seien, und im affirmativen Falle ist es, vorausgesetzt, daß die Bedingungen zum Verhafte im allgemeinen zutreffen, erlaubt, schon in der Voruntersuchung den Verwahrungsarrest[184]) zu erkennen; ja es muß in der Regel frühzeitig zu diesem Sicherungsmittel eines möglichen Erfolges der Untersuchung gegriffen werden, weil Flucht, Collusionen u. s. w. immer mehr zu besorgen stehen, je weiter jene vorgerückt ist und je mehr sie die Wahrscheinlichkeit einer Ueberführung begründet. Bei gewissen Verbrechensgattungen tritt zuweilen die Nothwendigkeit ein, eine größere Anzahl von Subjecten[185]) provisorisch zu verhaften[186]), welche nur einigermaßen der Theilnahme verdächtig scheinen, wie z. B. bei der Tödtung im Raufhandel, beim Hochverrathe und Aufruhre, bei der Entdeckung einer Diebes- oder Räuberbande[187]) u. dgl. m. Der hohe Grad von Gemeingefährlichkeit solcher Verbrechen rechtfertigt ausnahmsweise ein strengeres Einschreiten; wobei jedoch auf der anderen Seite der Inquirent dafür zu sorgen verpflichtet ist, daß über die Fortdauer des Verhaftes bald ein definitiver Beschluß[188]) gefaßt werde.

14) Der letztere Grund führt fernerhin zur Gestattung von Confrontationen[189]) im Laufe der Voruntersuchung, welche jedoch gleichfalls nur als Ausnahmen zu betrachten sind. Ist es nämlich dem Inquirenten darum zu thun, bald Gewißheit darüber zu haben, ob eine Person, gegen deren bürgerliche Freiheit empfindliche Maßregeln genommen sind, wirklich in so hohem Grade verdächtig sei, daß letztere fortbestehen können und müssen, so ist es sehr am Platze, die Hauptzeugen der Anschuldigung derselben sofort gegenüber zu stellen, theils damit die Festigkeit der Zeugen erprobt, theils damit dem Verdächtigten Gelegenheit gegeben werde, von dem Grade des Beweises sich selbst zu überzeugen oder auch die Aussagen der Zeugen, wenn er kann, sofort zu widerlegen[190]).

---

184) Bauer, Lehrb. des Strafprozesses §. 75. Die französische Praxis kennt diese Maßregel unter dem Namen: Mandat de dépôt. Duverger, Manuel des Juges d'instr. (Paris 1840.) T. II. p. 281 sq.

185) Bayer. Strafgesetzb. Th. II, Art. 120. Preuß. Criminalordn. §. 213.

186) Abegg, Lehrb. des Criminalproz. S. 115; Henke, Handb. des Criminalrechtes Bd. IV, S. 623, genehmigen ausdrücklich eine provisorische Haft.

187) Bayer'sches Strafgesetzbuch Th. II, Art. 121. Pfister, merkw. Criminalfälle Bd. I, S. 2, Bd. III, S. 183.

188) Ein Beschluß, wodurch die Wiederentlassung oder der Uebergang vom Verwahrungs- in den Untersuchungsarrest ausgesprochen wird.

189) v. Jagemann, im Archiv des Criminalrechtes Jahrg. 1835, Abh. Nr. II, und Handbuch der Untersuchungskunde Bd. I, §. 153—161.

190) Dieser Hauptgesichtspunkt wird bei der Confrontation leider fast immer übersehen. Mittermaier, Strafverf. Th. II, S. 404—405. Stübel, Criminalverf. §. 2047.

nicht ohne ein Decret übergegangen werden dürfte, welches darüber Rechenschaft gibt:

a) ob der Thatbestand eines Verbrechens wahrscheinlich gemacht oder zur Gewißheit erhoben sei,

b) ob hinreichender Verdacht gegen eine bestimmte Person sich ergeben habe, um dieselbe in Anschuldigungsstand zu versetzen[197]).

Nicht sowohl als eine Garantie für die Unschuld gegen willkürliches Verfahren wäre ein solches Erkenntniß erforderlich, sondern auch, abgesehen von Willkür, wegen der darin liegenden Nöthigung des Richters mit sich selbst gehörig zu Rathe zu gehen, ehe er einen entscheidenden Schritt weiter thut. Aus Erfahrung weiß man, daß ein Beamter, wenn er auch im Inneren zu einem bestimmten Entschlusse sich berechtigt glaubt, oft zu einem ganz anderen Resultate gelangt, sobald er die Feder zur Hand nimmt und die Gründe des Für und Wider einander gegenüberstellt.

Ob der Untersuchungsrichter selbst oder der in der Hauptsache competente Gerichtshof diesen Ausspruch zu thun habe[198]), mag hier dahin gestellt bleiben, da es mit der organischen Einrichtung, mit der Qualification der Beamten u. dgl. m. zusammenhängt, ob man den letzteren ein solches Geschäft anvertrauen könnte oder nicht. Obige Frage ad a) setzt eine sehr genaue Kenntniß vom Wesen des Strafrechtes voraus; denn man muß nicht nur die unterscheidenden Merkmale der Verbrechensgattungen unter sich, sondern auch die Kriterien des einzelnen[199]) Thatbestandes stets so klar überschauen können, daß man einer Verwechslung nicht unterliegt. Was dagegen zu Frage b) den Grad des *vorliegenden* Verdachtes und Beweises anbelangt, so ist es nicht wohl *möglich, feste* Regeln aufzustellen[200]), wie weit dieser gehen müsse, um Hauptuntersuchung darauf einleiten zu können. Im allgemeinen ist anzunehmen, daß letztere begründet sei, sobald wenigstens ein nahes Indicium[201]) gehörig bewiesen erscheint. Das Meiste bleibt hier also dem Ermessen des Richters anheimgestellt.

Daß ein Subject durch diesen Uebergang zur Specialuntersuchung immerhin für verdächtig erklärt wird, versteht sich zwar von selbst; allein es ist damit nicht gesagt, daß dasselbe nicht im Stande sein sollte, den Verdacht gänzlich von sich abzuwälzen, ja es besteht die Aufgabe der

---

197) Henke, Handb. des Criminalrechtes Bd. IV, §. 134. Mittermaier, Strafverf. Th. II, §. 139.

198) Bauer, a. a. O. S. 227, entscheidet sich für das letztere, und zwar aus höchst ehrenwerthen Gründen, die jedoch mehr auf sehr speciellen, als allgemeinen Erfahrungen beruhen dürften.

199) Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft S. 102, stellt die sehr beachtenswerthe Abstufung von allgemeinem, besonderem und einzelnem Thatbestande auf.

200) Das bayer'sche Strafgesetzbuch Th. II.

201) Im Sinne der p. G.-O. Art. 6, 11, 218, ein redlicher argwohn. S. auch Zachariä, Grundlinien des Criminalproz. §. 153.

Hauptuntersuchung gerade eben sowohl darin, die Unschuld der Angeklagten, wenn irgend Momente dafür sprechen, in vollkommene Klarheit zu setzen[202]), als auch den Schuldbeweis herzustellen. Wenn für die Unschuld so viel Indicien, wie für die Schuld am Ende der Voruntersuchung sprechen, so kann deßwegen von weiterer Untersuchung gleichwohl nicht abstrahirt werden, sondern es muß sich der Inquirent bemühen, ein Uebergewicht für das Eine oder für das Andere ausfindig zu machen. Liegen hingegen am Schlusse der Voruntersuchung entschieden stärkere Wahrscheinlichkeitsgründe für die Unschuld, als für die Schuld vor, so muß eine Niederschlagung des Verfahrens verfügt werden, es müßte denn Aussicht vorhanden sein, gerade durch das Specialverhör ein besseres Licht über die Thatsachen herbeizuführen, wie z. B. wenn die Exculpation auf dem Vorschützen eines gestörten Bewußtseins, einer Nothwehr u. dgl. beruht. Im Sinne des Inquisitionsprincipes darf der Untersuchungsrichter gar nicht sein Geschäft einstellen[203]), so lange er noch eine Möglichkeit vor Augen hat, die Wahrheit evidenter herauszustellen, und es muß dieser Grundsatz im Ganzen für den Angeschuldigten als vortheilhaft erkannt werden, weil dadurch eine Garantie gegeben ist, daß man ihn nicht ohne Weiteres, mit einem unaufgeklärten Verdachte behaftet, entlassen kann; und sei das Bestehen weitläufiger Detailverhöre noch so lästig, so ist doch, sobald einmal ein Verdacht in der Voruntersuchung actenmäßig wurde, eine Unannehmlichkeit in Folge der anderen unvermeidlich[204]), wenn man es bei einer Halbheit nicht bewenden lassen will. Da also heutzutage nicht nur die nachtheiligen Folgen für die bürgerliche

---

202) Dieser Grundsatz ist schon anerkannt von Carpzov, pract. rer. crim. Pars II. quaest. LIX. nr. 38. 40.: Tantum enim est favor defensionis ac innocentiae, ut ob eum quandoque a regulis iuris rigorosi quoad processum recedere liceat. S. auch Tittmann, Handbuch der Strafrechtsw. Bd. III, S. 153, und Martin, Lehrbuch des Criminalprozesses, 4. Ausg., welcher S. 18 sagt: Man übersehe nicht, daß das Gemeinwohl die Sicherstellung der Unschuld gegen unverdiente Strafen eben so kategorisch fordere, als die möglichste Gewißheit, daß kein verübtes Verbrechen der verdienten Bestrafung entgehe.

203) Matthaeus, de criminibus Lib. XLVIII. Tit. 17. Cap. 1. nr. 4., glaubt sogar, im Anklageprozesse dürfe der Richter, si de causa nondum liqueat, nach dem Schlusse der contradictorischen Verhandlung noch weitere Erhebungen veranstalten.

204) Thöricht wäre es, leugnen zu wollen, daß das Schicksal, als muthmaßlicher Verbrecher behandelt zu werden, an und für sich schon so hart ist, und daß dem Unschuldigen alle erdenkliche Genugthuung keine volle Entschädigung dafür geben kann; allein wer die Möglichkeit solcher Mißgriffe abschneiden wollte, müßte jede Einleitung einer Untersuchung, ausgenommen der durch Selbstanklage veranlaßten, verbieten, weil es kein Beweismittel in der Welt gibt, welches vollkommen untrüglich wäre und selbst von falschen Geständnissen Beispiele genug vorliegen. Der Untersuchungsrichter geht von dem Gesichtspunkte der Wahrscheinlichkeit aus, und wollte man von ihm verlangen, daß er, so wie der Spruchrichter, seine Verfügungen nur auf Gewißheit baue, so würde man die Unmöglichkeit verlangen, daß er aus der ersten Anzeige eines Verbrechens gleich eine feste juristische Ueberzeugung abstrahire. Vgl. Müller, Lehrbuch des Criminalprozesses §. 96 a. E.

Ehre durch den Uebergang zur Hauptuntersuchung nicht mehr hervorgerufen werden, sondern im Gegentheile für den unschuldig Verdächtigten dadurch ein erwünschter Weg zur gänzlichen Reinigung angebahnt ist, so braucht man auch nicht mehr so scrupulös wie sonst bei dem darüber erkennenden Beschlusse zu sein, und wenn ein Inculpat sich ohne irgend einen rechtlichen Grund verfolgt glaubt, so steht ihm jederzeit die Beschwerde an den vorgesetzten Gerichtshof offen, welcher dann, auf Erhebung der Acten mit Bericht, der Willkür, wo sie wirklich erkannt würde, Einhalt gebieten kann. Es muß zu dem Ende ohne Zweifel auch jenes Erkenntniß mit Entscheidungsgründen dem Angeschuldigten förmlich verkündet und, wenn er es wünscht, in Abschrift mitgetheilt werden.

Sobald die Voruntersuchung geschlossen ist, tritt eine neue Thätigkeit des Inquirenten ein, welche, je nachdem Geständnisse erfolgen oder nicht[205]), eine geringere oder größere als in jenem Stadium sein wird.

II. Die wesentlichste Aufgabe der Hauptuntersuchung besteht in Folgendem:

A. Hat der Verdacht gegen den Inculpaten sich verstärkt, und liegen objectiv wie subjectiv die Voraussetzungen[206]) vor, unter denen man zur Captur schreiten kann, so muß nun zunächst der Untersuchungsarrest verhängt werden, welches auch dann zu geschehen hat, wenn vorher Verwahrungsarrest oder provisorische Haft angeordnet war[207]). Durch jene Maßregeln können verschiedene Zwecke zu erreichen sein. Entweder kommt es nur darauf an, die Entweichung des muthmaßlichen Thäters zu verhindern, wodurch eine möglichst feste Incarcerirung bedingt wird; oder aber es soll nur den wahrheitswidrigen Verabredungen, d. i. den sogen. Collusionen mit Complicen oder anderen verdächtigen Personen vorgebeugt werden, wobei das Hauptaugenmerk darauf zu richten ist, daß der Arrestant gehörig von der Außenwelt abgeschlossen sitzt; oder endlich will man denselben blos von der Fortsetzung des Verbrechens abhalten, so kann es mit einer leichten Einsperrung genügen[208]).

Wesentlicher Grundsatz ist dabei überall, daß keine härteren Maßregeln verhängt werden, als sie nach der Lage der Dinge nothwendig, ja

---

205) Durch ein von vorn herein abgelegtes umfassendes Geständniß kann eine Untersuchung über den wichtigsten Fall innerhalb weniger Tage zu Ende gebracht werden, zumal wenn der Thäter kein Fremder ist, und die Belege über die Personalien sonach schnell zu beschaffen sind.

206) Die objectiven liegen in der Natur des Verbrechens und den Interessen der Staatsgesellschaft, die subjectiven aber in dem Charakter und den Lebensumständen des Inculpaten. Tittmann, Handb. der Strafrechtsw. §. 696—702.

207) Es ist immer ein Mangel, wenn in den Acten über die eingetretene Aenderung der Arrestart nichts gesagt wird, weil der Inculpat sonst kein formelles Fundament hat, sich darüber zu beschweren. Preuß. Criminalordn. §. 51. Müller, Lehrb. des Criminalproz. S. 453.

208) Tittmann a. a. O. §. 703. Mittermaier, Strafverf. Th. I. S. 362. Zachariä, Grundlinien §. 102.

unausweichlich erscheinen; denn die Beschränkung der bürgerlichen Freiheit ist stetshin als Ausnahmsfall[209]) zu betrachten.

Eben deßhalb ist es auch eine heilige Pflicht des Untersuchungsrichters, die Erledigung der Sache um so mehr zu beschleunigen, als das Schicksal verhafteter Personen davon abhängt, und den Arrest auch vor dem Abschlusse wieder aufzuheben[210]), wenn die Anlässe dazu weggefallen sind.

B. Um nun das Material zum Specialverhöre und Endurtheile gehörig in Stand zu setzen, bedarf es zunächst wieder einer Vervollständigung des Thatbestandsbeweises. Will der Thäter darüber selbst Auskunft ertheilen, so ist dieß freilich die beste Quelle; aber im umgekehrten Falle muß denn der Inquirent alle Beweismittel, welche sich ergeben haben, nochmals einer Prüfung unterwerfen und in gesetzlicher Form feststellen[211]). Es gehört dazu namentlich die Erhebung eines motivirten Gutachtens der zu Rathe gezogenen Sachverständigen oder Kunstverständigen[212]), die genaue Erforschung über die einschlägigen Verhältnisse der beschädigten Personen, Vornahme eines richterlichen Augenscheines, oder Wiederholung desselben behufs nothwendig gewordener Ergänzungen u. a. m.

C. Fernerhin ist nun der Zeitpunkt[213]) gekommen, wo alle Zeugen, bei denen dieß nicht schon vorläufig geschah, eidlich verpflichtet[214]) werden müssen, welches zugleich Anlaß gibt, dieselben articulirt[215]) über diejenigen Punkte zu vernehmen, welche man nach der nun angenommenen Ansicht über die Natur des Verbrechens für erheblich erachtet. Es leidet gar keinen Zweifel, daß dieses Geschäft überall das wichtigste im Inquisitionsprozesse ist. Denn es kommt ja, wenn auch die Angeschuldigten zum Geständnisse schreiten, im Hinblicke auf das Ziel der reinen Wahrheit, zunächst auf die Aussage derjenigen Personen an, welche, ohne selbst betheiligt zu sein, über den Hergang der Sache Auskunft geben können[216]). Man muß daher die Zeugen jedesmal auf die

209) Nachgewiesen von Martin, Lehrb. des Criminalproz., 4. Aufl., §. 124. Abegg, Lehrb. des Criminalproz. §. 79.

210) Irrthümlich meinen manche Untersuchungsrichter, sie dürften die einmal in Arrest gezogenen Personen nicht ohne höhere Genehmigung wieder loslassen. Da es aber zur Verhaftung keiner Anfrage bedarf, so ist diese gewiß um so weniger zur Zurücknahme derselben erforderlich.

211) Müller, Lehrb. des Criminalproz. §. 182. Abegg, Lehrb. des Criminalproz. §. 92. Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. IV, S. 837.

212) Ueber den Unterschied zwischen Sach- und Kunstverständigen s. v. Jagemann, in der Zeitschrift für Strafverf. Bd. I, S. 356, 363. Bauer, Abhandlungen Bd. II, S. 220.

213) Vgl. die oben Note 163 angeführte Abhandlung.

214) Unterstützung verdient der hier und da gemachte Vorschlag, diesen Act im Beisein des Angeschuldigten vorzunehmen. Martin, Lehrb. des Criminalproz. §. 137, Anm. 7.

215) Stübel, Criminalverf. Bd. IV, §. 2462—2465 u. 2473.

216) Weit entfernt, dem sogen. directen Beweis hiermit einen Vorzug einräumen zu wollen, soll dadurch nur die Wichtigkeit des Zeugnisses für allartige Beweise, also insbesondre auch zur Begründung der Indicien, angedeutet werden.

Wichtigkeit ihrer Stellung aufmerksam machen und zu möglichster Bestimmtheit des Ausdruckes durch die Kunst des Verhöres veranlassen, theils um sie zu schärferem Nachdenken zu bringen, theils um den leider nicht selten vorkommenden Mentalreservationen[217]) entgegen zu wirken. Rücksichtlich der verdächtigen Zeugen sind zuverlässige Notizen über ihre bürgerlichen und moralischen Verhältnisse[218]) beizuschaffen, und auch hierüber müssen sie wieder, insoweit es sich um nicht authentische Thatsachen, die ihnen entgegenstehen, handelt, einvernommen werden.

Ergeben sich neuere noch ungelöste Widersprüche unter den Zeugen, so muß eine Confrontation[219]) veranstaltet werden, und wenn sich der Verdacht der Meineidigkeit auf der einen oder anderen Seite herausstellt, so ist unverweilt deßhalb eine besondere Untersuchung einzuleiten, welche, wenn immer möglich, noch vor der Untersuchung über die Hauptsache oder doch zugleich mit derselben abgeschlossen und vorgelegt werden muß, damit die urtheilende Behörde eine sichere Ansicht über Werth und Bedeutung einer solchen Zeugenaussage gewinnen kann.

Das Verhör mit einem Hauptzeugen kann in der Regel nicht mit einem Male als abgethan betrachtet werden, sondern muß so oft wieder aufgenommen werden, als durch die Aussagen anderer Zeugen oder durch die Erklärungen des Angeschuldigten neuer Stoff sich ergibt, zumal wenn ein Capitalverbrechen[220]) in Frage steht.

D. Das Specialverhör mit dem Inculpaten[221]) war in der Vorzeit an sehr strenge Formen gebunden. Es mußte der Richter vorerst alle Punkte, auf die es ihm anzukommen schien, extrahiren und unter dem Titel von Inquisitionalartikeln[222]), niederschreiben. Dieselben waren meistentheils suggestiver Natur[223]), welches offenbar als eine Fortwirkung des Anklageprincipes zu betrachten ist, d. h. der Inquirent, der von Amtswegen an die Stelle des Anklägers trat, mußte alle Verdachtsgründe, die er aus den Acten entnehmen zu dürfen glaubte, dem Angeschuldigten Punkt für Punkt als bestimmte Voraussetzungen vorhalten[224]),

---

217) v. Jagemann, Handb. der gerichtl. Untersuchungskunde Bd. I, §. 490, 517, 518.

218) Stübel, Criminalverf. §. 2467.

219) v. Jagemann, Handbuch Bd. II, Nr. 217.

220) Nicht nur im Untersuchungsverfahren, sondern in allen menschlichen Dingen rechtfertigt sich ein Unterschied in der Behandlung wichtiger und minder wichtiger Gegenstände.

221) Henke, Handbuch des Criminalrechtes Bd. IV, §. 135. Mittermaier, Strafverfahren Th. II, §. 144, 145. Alker, Handbuch des preuß. Criminalverf. Th. II, §. 377—386.

222) Tittmann, Handb. der Strafrechtsw. Bd. III, §. 785. Boehmer ad art. 20. CCC. Quistorp, Grunds. des peinl. Rechtes Bd. II, §. 665. Müller, Lehrb. des Criminalproz. §. 184.

223) S. z. B. ein sehr schlagendes Beispiel bei Heil, Judex et defensor. (Lips. 1717.) p. 90—102.

224) Die Folge war denn auch, daß der articulirt Vernommene nun Inquisit hieß, während er in der Generaluntersuchung blos Inculpat, Constitut, Arrestat angeredet wurde.

die dann der letztere entweder zu bejahen oder zu verneinen, oder als unrichtig darzustellen, oder durch den Beweis des Gegentheiles zu entkräften hatte. Kein Wunder war es unter solchen Umständen, daß man die Specialinquisition als eine sehr empfindliche Maßregel ansah, weil durch dieselbe in der That von Seiten einer richterlichen Stelle ein der Versetzung in den Anklagestand gleichkommendes System directer Verfolgung eingeleitet wurde, und wenn der Unschuldsbeweis nicht völlig gelang, so blieb es immer actenmäßig, daß man die Wahrheit der Anschuldigungsmomente einmal supponirt hatte.

Seit diese Form jedoch von der Praxis der neueren Zeit, welche die Unvereinbarkeit einer solchen Parteistellung des Inquirenten mit seiner Pflicht, die materielle Wahrheit zu ergründen, erkannte, verlassen wurde, hat man sich allenthalben daran gewöhnt, das Verhör mit Inculpaten als eine rein logische Entwickelung der wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung[225]) zu betrachten und mithin die Sache nach der analytischen oder synthetischen Methode zu behandeln, je nachdem Geständnisse hinzukommen oder nicht[226]), oder mit anderen Worten: es wird nach der jetzigen richtigeren Anschauung des Untersuchungszweckes gar nichts mehr vorausgesetzt, sondern nur der unverfälschte Inhalt der Acten in die kleinsten Theile zerlegt, nach und nach vorgehalten oder zum Gegenstande der Erläuterung gemacht, bis die Gewalt der Vernunftschlüsse für oder wider die Schuldhaftigkeit der inquirirten Personen siegreich durchdringt. Der Mittelzustand von Ungewißheit, welcher in vielen Fällen zurückbleibt, steht nicht der Maxime entgegen, sondern ist blos die Folge der Unvollkommenheit aller menschlichen Erkenntniß.

Hieraus ergibt sich der natürliche Gang eines Specialverhöres von selbst.

1) Wenn die persönlichen Verhältnisse des Angeschuldigten noch nicht vollständig erörtert sind, so ist dieß das erste Geschäft in der Hauptuntersuchung, und man sollte sich niemals mit den bei der summarischen Vernehmung erfragten Notizen über Vor- und Zunamen, Alter und Stand begnügen; denn das ist eben die lobenswerthe Richtung der neueren Strafgesetzgebung, daß man die psychologischen Momente der That vorzugsweise ins Auge faßt, wozu denn eine gute Grundlage[227])

---

225) Durch eine solche Auffassung wird von selbst alle Folterung, sowohl die körperliche, als die geistige, unbedingt ausgeschlossen, weil die abgedrungenen oder abgelockten Geständnisse niemals den Werth einer spontanen Ueberzeugung haben können. Vgl. Zachariä, 40 Bücher vom Staate, 2. Aufl., Bd. IV, S. 66. Leue, der Anklage- und Untersuchungsprozeß S. 119 flg.

226) Das Geständniß legt die Gesammtheit der fraglichen Thatsachen dar; nun muß aber auf die Entstehungsgeschichte und zwar bis zur Gedankenwerkstätte des Thäters zurückgegangen werden, worin das Wesen der Analysis besteht. Beim Mangel eines Geständnisses dagegen muß vor den Augen des Inculpaten das ganze Beweisgebäude aufgeführt und somit vom Einfachen zum Zusammengesetzten fortgeschritten werden. Kant nennt daher in seiner Logik §. 117 die beiden Methoden die regressirte und progressirte.

227) Zentner sagt in der Zeitschrift für Strafverf. Bd. I, S. 450: Werden hiernach die Anforderungen an den Untersuchungsrichter auf der einen

über die Subjectivität[228]) gehört. Ein kurzer Lebensabriß dürfte daher niemals für überflüssig zu erachten sein, und nicht minder wird es dem urtheilenden Richter erwünscht sein, über den Bildungsgrad und die Gemüthsbeschaffenheit des Angeschuldigten Aufzeichnungen in den Acten zu finden. Ist der Fall von hoher Wichtigkeit, so kann der Untersuchungsrichter diesem Erforderniſſe am besten entsprechen, indem er das Resultat seiner Wahrnehmungen als ein Gesammtbild protocolliren läßt; in gewöhnlichen Fällen aber begnügt man sich damit, an denjenigen Stellen, wo eine erhebliche Wahrnehmung gemacht wurde, dieselbe kurz anzudeuten, oder auch am Schlusse einer Haupthandlung, wie eines längeren Verhöres, einer Confrontation u. dgl., ein sogen. Geberdenprotocoll[229]) abzufassen, ein Auskunftsmittel, welches nicht minder zur Charakteristik der Zeugen[230]) gebraucht wird, und überhaupt den Mangel eigener Anschauung des Gerichtshofes zu surrogiren bestimmt ist. Die weiteren Bestandtheile des Specialverhöres sind jedoch folgende:

2) Das Wesen der den Gegenstand der Untersuchung bildenden Handlung, also der Thatbestand, wie ihn der Inquirent erhoben hat und ansieht, muß dem Inculpaten vor allem zur Erklärung vorgelegt werden[231]). Da sehr häufig eine That den zweifelhaften Anschein von verschiedenartigen im Gesetze aufgestellten Verbrechen hat, und dem Inquirenten keine Entscheidung hierüber zusteht, so ist es in dergleichen Fällen von der Eventualmaxime geboten, alle möglichen Ansichten, auf die der Spruchrichter verfallen könnte, gleichmäßig vorzuhalten, damit der Angeschuldigte sein Vertheidigungssystem danach einrichten könne. Ist die Sache von der Art, daß, wie es in manchen Ländern vorgeschrieben ist, ein feierliches Schlußverhör abgehalten werden muß, so wird die nähere Bezeichnung des angeschuldigten Verbrechens bis dahin aufgeschoben.

Jedenfalls muß dem Inculpaten von vorn herein Gelegenheit gegeben werden, über alle Thatsachen, aus denen der Thatbestand zusammengesetzt ist, sich auszulassen, und diejenigen von der That zurückgebliebenen Spuren, welche mit den Sinnen wahrnehmbar und dem Richter zur Verfügung gestellt sind, müssen deßhalb auch in Natur vorgezeigt werden,

---

Seite größer, so wird auf der anderen Seite seine Stelle aber eben damit auch würdiger und verdienstvoller.

228) S. hierüber besonders de Vaulx, in der kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft des Auslandes von Mittermaier und Zachariä, Bd. XIII, Abhandl. Nr. XIX, und Bauer, Abhandl. aus dem Strafrechte Bd. I, Nr. III.

229) Mittermaier, Strafverf. Th. I, §. 106. v. Jagemann, Handbuch der Untersuchungskunde Bd. I, §. 586—593, Bd. II, Nr. 299, 300.

230) Schon in der p. G.-O. Art. 71 heißt es: Der Richter soll auffmerken, ob der zeuge inn seiner sage würd wankelmüthig und unbestendig erfunden, solche umbstende, und wie er den zeugen inn eusserlichen Geberde vermerkt, zu dem Handel aufffschreiben.

231) v. Jagemann a. a. O. Bd. I, §. 377, 380, Bd. II, Nr. 211—213.

welches man eine **Recognition von Sachen**[232]) zu nennen pflegt. Dazu sind auch menschliche Körper zu rechnen, insofern dieselben getödtet wurden[233]), worüber bereits oben das Nöthige gesagt wurde. Alle Gegenstände böslicher Entwendung, sei es durch Raub oder Diebstahl, alle Producte einer täuschenden Entstellung durch Fälschung oder Betrug und alle Urkunden, welche zur Aufklärung über die Thatbeschaffenheit dienen, nicht minder aber die Werkzeuge, womit die That muthmaßlich verübt wurde, sind dem Inculpaten vor Augen zu halten, gleichviel, ob er gestanden habe oder nicht, damit er sich aussprechen kann, ob er diese Gegenstände kenne[234]), oder ob er es für möglich halte, daß sie zum Vollzuge des Verbrechens gebraucht wurden. Hat man über deren Beschaffenheit, Werth, Gewicht u. s. w. Sachverständige einvernommen, so ist das Gutachten der letzteren ebenfalls zu eröffnen, und wenn der Inculpat Anstände dagegen erhebt, so ist je nach Umständen zur Erhebung einer zweiten[235]) Expertise zu schreiten.

3) Alsdann folgt der Vorhalt der eigentlichen **Anschuldigungsgründe** und des **Beweises der Thäterschaft**[236]). Dieser Theil des Verhöres ist der **wichtigste**[237]), weil er zugleich das unterscheidende Merkmal der Hauptuntersuchung von der Voruntersuchung ist.

Hierbei ist es Pflicht des Inquirenten, **alle** Momente und Beweismittel, welche gegen den Verfolgten zu sprechen scheinen, zu recapituliren, damit er sich beistimmend oder widerlegend äußern könne. Drei Hauptregeln dürften dabei zu beobachten sein:

a) Die Thatsachen und Beweisgründe sind so viel als immer möglich **ins Einzelne** zu zerlegen und dann vor der Seele des Verhörten gleichsam wieder aufzubauen, so daß er einen vollständigen Ueberblick des ganzen Ergebnisses der Untersuchung gewinnen kann.

b) Es darf dabei nicht willkürlich von einem Thatumstande zum anderen übergegangen werden, sondern es muß sich die ganze Reihe in ihrer **natürlichen Ordnung** entwickeln.

c) Man hat alle Vorhaltungen zu **vermeiden**, die **nicht** auf

---

232) **Zuckermann**, im Archive des Criminalrechtes Bd. XI, S. 690, 691. **Mittermaier** a. a. O. Th. I, S. 353.

233) **Zuckermann**, a. a. O. S. 689, schärft mit Grund ein, daß diese Recognition auch bei **geständigen** Inculpaten stattfinden muß. v. **Jagemann**, Handbuch Bd. II, Nr. 132, 133.

234) v. **Jagemann** a. a. O. Bd. II, Nr. 134.

235) In diesem Stücke wird oft so oberflächlich verfahren, daß es sehr nothwendig erscheint, auf die Statthaftigkeit einer **wiederholten** Begutachtung, Taxation u. s. w. hinzuweisen. Zumal lassen die Damnificaten sich oft beigehen, den Affectionswerth einer entwendeten oder beschädigten Sache zu Grunde zu legen. Auch sind die Amtstaxatoren auf Landorten bei gewissen Gegenständen gar nicht erfahren genug, daß sie eine zuverlässige Schätzung vornehmen könnten. Vgl. L. 50. pr. D. de furtis. (47. 2.) **Tittmann**, Handbuch der Strafrechtswissenschaft Bd. II, §. 424, Anm. z. **Stübel**, Criminalverf. Bd. IV, §. 2572, Anm. a.

236) v. **Jagemann** a. a. O. Bd. I, §. 388—401.

237) **Bauer**, Abhandl. Bd. II, S. 218.

den Inhalt der Acten gegründet sind, und darf Vermuthungen und Unterstellungen nur unter der Bedingung vorbringen, daß sie nicht den Anschein nachgewiesener Wirklichkeit haben, sondern als subjective Annahmen gelten, welche der Richter nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach juristischen Conjecturalregeln[238]) zu machen berechtigt sein kann.

Zu a) ist es zwar eine löbliche Absicht vieler Inquirenten, die Thatsachen im Zusammenhange vorzuhalten, damit der Inculpat mit seinem Reproductionsvermögen um so sicherer folgen könne, ob sich das Ereigniß gerade so zugetragen habe; allein die vorhin erwähnte Regel verdient doch den Vorzug, weil sie allein dem Richter sichere Anhaltepunkte zur Erkenntniß gewährleistet. Mag es auch schwieriger sein, solchen Specialitäten im Verhöre mit gleicher Aufmerksamkeit und Geistesgegenwart zu folgen, so muß man auf der anderen Seite bedenken, daß der Angeschuldigte zunächst verpflichtet ist, über alle Haupt- und Nebenumstände der That und Thäterschaft eine bestimmte Erklärung abzugeben[239]) und daß in Fällen, wo er sich dessen weigert, doch mindestens ihm Gelegenheit dazu gegeben worden sein muß, damit er sich nicht beschweren könne, wenn er durch andere, außer ihm liegende Beweismittel als überführt angesehen wird. Ferner bietet auch die hier empfohlene Methode den Vortheil dar, daß man leichter wie bei allgemeinen Vorhalten Geständnisse erringen kann. Einen Nebenumstand, der im Zusammenhange mit vielen anderen abgeleugneten Thatsachen in das Verhör eingeflochten wird, möchte der Inculpat manchmal wohl zugeben und erläutern, wenn er nicht Besorgniß[240]) hätte, daß daraus ein mittelbares Einräumen auch der übrigen Thatsachen, eben weil sie im Zusammenhange damit vorgeführt wurden, gefolgert werden könnte.

Zu b). Die natürliche Ordnung des Verhöres besteht darin: α) daß man die für die Thäterschaft sprechenden Momente und Argumente in der Weise zur Erörterung bringt, daß die dem Verbrechen vorausgehenden Thatsachen zuerst, dann die dasselbe begleitenden und

---

238) Menoch., de praesumpt. coniect. etc. (Colon. 1628.) Lib. I. quaest. 88. nr. 4. 5., stellt folgende Unterscheidung auf: Indicium aliud est facti, aliud iuris. Indicium facti est, quo iudex dirigitur in viam perscrutationis: et tale indicium potest per quemquam fieri; indicium autem iuris est, quod habet aliquem effectum: et quod quidem dirigit in viam quaestionis habendae: quoddam vero est, quod una cum aliis adminiculis instruit iudicem in viam condemnationis.

239) Oesterr. Gesetzb. Th. II, §. 333, Th. I, §. 353. Bayer. Strafgesetzb. Th. II, Art. 170, 180.

240) Lange Perioden haben überhaupt das gegen sich, daß sie ohne wiederholtes Vorsprechen schwer im Kopfe zu behalten sind, welches um so mehr der Fall sein muß, wenn derjenige, der sie anhört, nicht ganz unbefangen, ja sogar oft erschrocken und verwirrt ist. Darum verdient auch Bauer Beifall, wenn er in seiner Anleitung zur Criminalpraxis (Göttingen 1837), §. 9, sagt: Kein Fehler ist in den gerichtlichen Vorträgen gewöhnlicher, als der einer widerlichen Weitschweifigkeit, — während nur ein gedrängter Vortrag die Aufmerksamkeit unterhalten und die Deutlichkeit befördern kann.

endlich die **nachfolgenden**[241]) zur Sprache kommen und zwar ohne Unterschied, ob der Inculpat aufrichtig zu Werke gehe oder nicht. Die Zeitfolge gibt immer die sicherste Richtschnur an die Hand und garantirt zugleich, daß man nicht einzelne Umstände übersehe, wie dieß so leicht geschieht, wenn man beliebige Theile des Thäterschaftsbeweises losreißt. Erst dann, wenn die ganze Reihe der bekannt gewordenen factischen Verhältnisse chronologisch durchgenommen ist, kann es erlaubt, ja sogar rathsam sein, Einzelnheiten herauszuheben und zum Gegenstande eines besonderen Verhöres zu machen, wie z. B. über die Mitwirkung anderer Personen zur That, über den Gebrauch von Instrumenten, über die bei der Thatverübung bekämpften Hindernisse u. dgl.

β) Wenn übrigens das Thatsächliche der Anklage hinreichend besprochen ist, daß der Inquirent sich einigermaßen darüber ins Klare gesetzt steht, so muß er auf die Thatsachen eingehen, welche der Inculpat zu seiner **Entschuldigung**[242]) anzuführen vermag. Dieselben werden sich meistentheils schon aus der Voruntersuchung ergeben; wenn sie aber dort noch nicht mit der erforderlichen Genauigkeit ausgemittelt sind, muß man es sich zur besonderen Angelegenheit machen, in der Hauptuntersuchung Alles, was zur Milderung gereichen kann, bis auf die letzten Gründe zu verfolgen und auch solche Zeugen abzuhören, denen der Inculpat nur eine muthmaßliche Kenntniß zutraut, damit kein Mittel unversucht bleibe, dem im Inquisitionsprozesse gemeiniglich ganz unberathenen[243]) Angeschuldigten zur Verbesserung seiner Lage zu verhelfen. So ist auch jedes Ergebniß der zum Entschuldigungsbeweise gemachten Erhebungen jenem wieder vorzuhalten[244]), damit er, wenn er dazu im Stande ist, auf weitere Behelfe sich berufen kann.

γ) Endlich liegt es dem Untersuchungsrichter ob, mit dem Thäter über seine **Willensbeschaffenheit**[245]) sich umständlich zu besprechen. Das Verhör über den animus darf wohl in der Regel als die schwierigste Aufgabe betrachtet werden und es wird eben deßhalb auch am meisten vernachlässigt. Man muß zu erfahren suchen, wie der **Entschluß** zur

---

241) **Feuerbach**, Lehrbuch §. 347. Das **österr.** Gesetzbuch Th. I, §. 353, Lit. f., stellt eine andere Regel auf, nämlich die, daß von den schwächeren zu den stärkeren Anzeigungen und Beweismitteln fortgeschritten werde. Dieß mag aber wohl **nur** auf den durch Indicien zu überweisenden Inculpaten anzuwenden sein, und auch hier dürfte die oben angegebene Methode eher zur Gewissensrührung führen, weil sie dem Schuldigen sein Verhalten bei der That **in historischer Steigerung** vor die Seele bringt.

242) S. **Mittermaier**, Strafverf. Th. II, §. 140 a. E., wo ganz richtig bemerkt wird, daß eine erhebliche Einrede, wie z. B. der Nothwehr, oft ein solches Gewicht hat, daß sie, mit Hintansetzung der Anschuldigungsmomente, wie ein Präjudicialpunkt erörtert werden muß.

243) Dieß gilt vorzüglich von Verhafteten.

244) v. **Jagemann**, Handbuch Bd. I, §. 402—407, Bd. II, Nr. 222—227.

245) **Mittermaier** a. a. O. Th. II, S. 148. v. **Jagemann** a. a. O. Bd. I, §. 408—418, Bd. II, Nr. 228—234.

That entstanden[246]) und gereift ist. Darüber geben zwar die wenigsten Inculpaten, wenn sie auch sonst Alles eingestehen, aufrichtige Auskunft; denn sie fühlen sehr wohl, daß sie durch die Einräumung einer Prämeditation, zumal bei Tödtungen, ihre Strafwürdigkeit vermehren; aber auch dann bleibt bei Verbrechen gegen die Personen das Verhältniß, in welchem der Thäter zu dem Verletzten oder Beschädigten steht, eine reiche Quelle zur Aufklärung. Alsdann befaßt man sich weiter mit der Erforschung der inneren Vorgänge des Thäters in den nächsten Momenten vor der That und bei der Begehung selbst[247]. Begreiflicherweise kann dieses nur bei Geständigen mit einigem Erfolge versucht werden, während man bei Nichtgeständigen sich darauf beschränken muß, diejenigen Unterstellungen vorzuhalten, welche aus dem Zusammentreffen der Umstände gerechtfertigt erscheinen. Bei der Erforschung dieser Periode der Willensbeschaffenheit kommt es nicht sowohl darauf an, festzustellen, was der Thäter überhaupt beabsichtigt habe, als auch inwieweit er insbesondre auf den Erfolg ausging, wie er nach der That sich darstellte[248]). Dieses ist bei Tödtungen und Verwundungen im Raufhandel vornämlich von großer Wichtigkeit, indem es hier nicht genügt, zu wissen, wer zugeschlagen hat, sondern auch davon viel abhängt, zu ermitteln, wer von mehreren Verletzungen jede einzelne beigebracht hat und wie dieselben auf einander folgten[249]). Bei anderen Verbrechen, wo eine zusammengesetzte Absicht obwaltet, ist dieselbe möglichst genau auseinanderzusetzen, wie z. B. bei der Anklage des Raubes die Frage, ob der Angreifer zunächst auf die Freiheit und das Leben, oder auf das Eigenthum[250]) der Person ausging, und bei dem Diensteidbruche eines Rechners die Frage, ob er im Augenblicke der Unterschlagung nur eine verbotene Bereicherung im Auge hatte, oder sich auch seines Eidschwures bewußt war.

Zu c). Es beruht auf dem oben entwickelten Principe der materiellen Wahrheit, daß dem Inquisiten keine anderen Thatsachen, als die gerichtskundig gewordenen vorgelegt werden; denn er soll ja nicht mit Verfolgungseifer[251]) instanziirt, sondern es soll ihm nur planmäßig

---

246) Vgl. vorzüglich Abegg, Lehrb. der Strafrechtsw. §. 83, 84. Es gehört nämlich in dieß Bereich der Untersuchung nicht nur der rechtswidrige Vorsatz an sich, sondern auch die entfernter zurückliegende Absicht, das Motiv der That.

247) Feuerbach, actenmäßige Darstellung merkw. Verbrechen (Gießen 1828), Bd. I, S. 95, 96. Stelzer, über den Willen (Leipzig 1817), S. 86 flg.

248) Hierher gehört die ideale Concurrenz zweier Thaten, wovon die eine zum Dolus, die andere zur Culpa zuzurechnen ist (früher culpa dolo determinata oder dolus indirectus). Bauer, Lehrb. des Strafrechtes, 2. Aufl. (Göttingen 1833), §. 63.

249) Kauffmann, Archiv des Criminalrechtes Jahrg. 1837, Abh. Nr. IV. Feuerbach, Lehrbuch des peinl. Rechtes, 13. Ausg., §. 226.

250) Martin, Lehrb. des Criminalrechtes, 2. Ausg. (Heidelberg 1839), §. 304, Anm. 2.

251) Es handelt sich nicht darum, wie man leider so oft von Beamten hört, etwas gegen den Verdächtigen herauszubringen; es soll vielmehr

eröffnet werden, was die Untersuchung gegen ihn ergeben hat. Dieß führt auf die Lehre von der gesetzmäßigen Fragestellung zurück, worüber bereits an einem anderen Orte[252]) das Nöthige gesagt ist. Daß übrigens der Vorhalt von nahe liegenden Schlußziehungen aus dem Zugestandenen sowohl als Nichtzugestandenen erlaubt sein müsse, geht schon daraus hervor, daß in dieser Prozeßart eine förmliche Anklage mangelt und mithin auf anderem Wege der Angeschuldigte von den ihm möglicherweise bevorstehenden Folgen des Verfahrens in Kenntniß gesetzt[253]) werden muß. Wollte man diese Art von Vorhalten schlechthin ausschließen, so könnte der Inquisit oft durch ein Resultat überrascht werden, gegen welches er, wenn er es geahnt hätte, ein weit sorgfältigeres Vertheidigungssystem eingehalten hätte.

E. Die Widersprüche, in welchen der Angeschuldigte mit den Zeugen oder mit den Mitangeschuldigten verharrt, muß der Inquirent, so viel in seiner Macht steht, zu heben suchen, weil sie die Nothwendigkeit mit sich bringen, daß einer oder der andere Theil von der Wahrheit abgewichen sei, auf deren reine Darstellung das ganze richterliche Bestreben ausgeht. Schon in den älteren Zeiten hielt man jedoch die Confrontation[254]) für das letzte Mittel[255]) und wendete sie daher nicht eher an, bis alle Versuche der Berichtigung im Einzelverhöre gescheitert waren.

Man glaube nicht, daß dieser Grundsatz durch die oben erörterte summarische Confrontation im wesentlichen aufgegeben worden sei. Diese hat vielmehr den Hauptzweck, die verdächtigen Personen von dem Vorhandensein von Zeugen, die nöthigenfalls zur Ueberführung dienen könnten, zu überzeugen, und man geht dabei noch nicht in die Detailerörterung ein; es ist also mehr eine Andeutung der vorhandenen Beweismittel, als eine contradictorische Beweisführung, welches den Nutzen verschaffen kann, daß der Angeschuldigte nachher in der Hauptuntersuchung alle Thatsachen, die nun doch einmal durch die Zeugen hergestellt werden können, lieber zugibt, um seine peinliche Lage abzukürzen.

In der feierlichen Confrontation behält es jedoch nicht wie dort bei einer Rede und Gegenrede sein Bewenden, sondern es werden von dem Richter über jeden Haupt- und Nebenumstand der That förmliche Fragen gestellt, auf die zuerst der behauptende Theil, dann der verneinende[256]) zu antworten hat, ohne daß man sich mit allgemeinen Erklärungen begnügt.

---

lediglich hergestellt werden, ob der erhobene Verdacht rechtlichen Grund habe, oder nicht. Müller, Lehrb. des Criminalproz. S. 143.

252) S. dieses Werk Bd. IV, S. 324—332.

253) Boehmer ad Carpzov., pract. rer. crim. Pars. III. quaest. CXIII. observ. 1. 2. nr. 3.

254) Ausführlicher ist hierüber zwar schon in diesem Werke Bd. III, S. 1—16, gehandelt; allein es scheint doch unumgänglich, hier noch Einiges, behufs der Einreihung der dort aufgestellten Grundsätze in die Lehre von der Hauptuntersuchung, nachzutragen.

255) Carpzov, pract. rer. crim. Pars III. quaest. CIV. nr. 77.

256) Confrontant und Confrontat. — Stübel, Criminalverf. Bd. IV, §. 2049.

Selten verfehlt dieser Gerichtsact seinen tiefen Eindruck auf den leugnenden Inquisiten[257]), und wenn er auch nicht zum Geständniß übergeht, so drückt er doch meistentheils in seinem Benehmen eine niedergeschlagene Gemüthsstimmung aus, die, wenn sie im Geberdenprotocolle gehörig beschrieben wird, ebenfalls einen Beitrag zu den Anzeigungen liefern kann. Dagegen ist die Zumuthung einer so ausführlichen Besprechung mit einem der Wahrheit widerstrebenden Subjecte, zumal wenn dasselbe zu rohen Ausbrüchen geneigt ist, eine der härtesten Staatsbürgerpflichten, weßhalb ein sparsamer Gebrauch davon gemacht werden muß. Ueberhaupt liefert aber die Anordnung einer solennen Confrontation den Beweis, daß der Inquirent die Hoffnung der logischen Ueberführung durch kunstgerechte Verhöre[258]) für erschöpft ansieht, und es ist deßhalb ein so seltener Fall, daß nach der Confrontation im Specialverhöre noch Geständnisse erfolgen. Man wird es daher als erfahrener Beamter immer vorziehen, den Inquisiten und Zeugen die Erklärungen und Gegenerklärungen mehrmals einzeln vorzuhalten, um wo möglich ohne Gegenstellung eine Uebereinstimmung herbeizuführen[259]).

Die Gegenstellung von Mitschuldigen[260]) unterliegt, wie sich aus dem eben Gesagten ergeben wird, weit weniger Bedenklichkeiten und sie kann auch zu wiederholten Malen angeordnet werden, so oft ein Inquisit gegen den anderen irgend etwas Neues vorbringt, weil durch sie beide Theile leicht zur selbstvergessenden Leidenschaft getrieben werden, in welcher sie mit Anschuldigungen und Geständnissen herausrücken, die sie sonst nicht leicht von sich gegeben hätten.

Ueber die Gegenstellung der Zeugen unter sich[261]) soll hier, da die practischen Grundsätze in dieser Beziehung schon angeführt wurden, nur noch bemerkt werden, daß dieselbe so lange als es nur immer geschehen kann, zwischen Personen, die bereits geschworen haben, vermieden[262]) werden sollte, und wenn man beiden Theilen jedem allein die Gefahr einer Anklage wegen Meineides gehörig ans Herz legt, so wird es gewöhnlich gelingen, sie, wenn nicht zum Widerrufe, doch zu einer vermittelnden Aussage zu bewegen, neben welcher die anderseitige ohne Confrontation bestehen kann.

---

257) Quia frons mali consciam mentem saepe prodit. sagt Engau, ius criminale §. CCIII. not. *. Stübel, Criminalverf. Bd. IV, §. 2059.

258) Eine härtere Probe der Unwahrhaftigkeit kann der Thäter natürlich nicht zu bestehen haben, als die in der directen Beschuldigung eines lebendigen Zeugen liegende.

259) Man kann dabei immer noch auf das Bevorstehen einer Confrontation hindeuten, welches, vermöge des großen Gewichtes, das ein classischer Zeuge nach unseren Gesetzen hat, nicht selten dazu bestimmt, das unnütze Leugnen aufzugeben.

260) v. Jagemann, Handbuch der gerichtl. Untersuchungskunde Bd. II, Nr. 242—244.

261) v. Jagemann a. a. O. Bd. II, Nr. 275—278.

262) Schon Damhouder, praxis rer. crim. (Antv. 1562.), räth cap. XLVII. nr. 3., diese Gegenstellung erst dann vorzunehmen, si aliter constare veritas nequeat.

F. Wenn man solchergestalt Einzelverhöre und Doppelverhöre erschöpft glaubt, so entsteht die Pflicht, die herangebildeten Acten nochmals genauestens zu durchgehen, um alle etwaigen Mängel und Dunkelheiten zu entdecken, und der Inquirent kann hierin nur dann sicher gehen, wenn er sich aus seinem Standpunkte heraus in jenen des Spruchrichters versetzt[263]), welcher begreiflicherweise keine Erörterung zu verstehen vermag, sofern nicht die Protocolle und Registraturen vollständige Auskunft darüber geben. Stößt man daher auf irgend einen unaufgeklärten Punkt, der für erheblich angesehen werden könnte, so ergänzt man ihn noch durch weitere Vernehmungen oder bemerkt in den Acten die Gründe der Unterlassung[264]).

G. Erst nach dieser gründlichen Erschöpfung des Gegenstandes schreitet man zum sogen. Schlußverhöre[265]). Dasselbe ist ein gewöhnliches oder ein mit gewissen Förmlichkeiten verbundenes Verhör, je nachdem die Landesvorschriften lauten. Man hat nämlich hier und da den Gedanken erfaßt, daß ein solches Verhör Gelegenheit gebe, die verdrängte Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens einigermaßen zu ersetzen, weßhalb man vorschrieb, daß dazu je zwei unbescholtene Bürger als stumme Zuhörer[266]) eingeladen werden sollen. Im Königreiche Württemberg[267]) ist die Vorschrift sogar noch weiter dahin ausgedehnt, daß solche Beurkundungszeugen von vorn herein bei jedem Verhörsacte, der mit dem Inquisiten vorgenommen wird, zugegen sein müssen. Schwerlich dürfte diese Einrichtung sonderliche Begünstigung verdienen. Erscheint es auch löblich, überall, wo gar keine äußerlichen Garantien für die Rechtsübung vorhanden sind, einzelne Männer aus dem Volke zuzuziehen, so ist es doch bedenklich, mit einem solchen Auskunftsmittel sich zu begnügen[268]),

263) Müller, Lehrb. des Criminalproz. §. 158. Zachariä, Grundlinien des Criminalproz. §. 164.

264) Z. B. die Ursache, warum gewisse Zeugen unbeeidigt oder mit der Confrontation verschont blieben.

265) Mittermaier, Strafverfahren Th. II, S. 160, 164. v. Jagemann a. a. O. Bd. I, §. 419—425.

266) Z. B. badisches Strafedict von 1803 §. 8, 17, wo diese Leute Urkundspersonen genannt werden. Das königlich sächsische Gesetz v. 30. März 1838 §. V (bei Groß, Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen, Abth. II [Dresden 1838], S. 44) hat einen ähnlichen Act eingeführt, jedoch mit Weglassung der Zeugen.

267) Württemb. Criminalordn. Tit. I, §. 4. Dort heißen sie noch dem alten Brauche gemäß Scabinen oder Schöppen. Vgl. Bolley, Anweisung zum Verf. in Strafsachen S. 209.

268) Seltsamerweise hängt man in Württemberg immer noch an diesem obsoleten Institute und will es auch dann nicht aufgeben, wenn ein feierliches Schlußverfahren vor dem urtheilenden Richter statuirt würde. Dieß zeigt der revidirte Entwurf einer Strafprozeßordnung für Württemberg (Stuttgart 1840), §. 39, 48—50, und der Commissionsbericht hierüber von Scheurlen und Knapp (Stuttgart 1841), S. 249—262. Wenn jene Hauptgarantie einmal gegeben wird, so sind Beisitzer bei den Verhören des Instructionsrichters gänzlich überflüssig, ja immer für die Beschleunigung der Geschäfte nachtheilig.

weil die Gegner des öffentlichen Verfahrens einen Vorwand daraus leiten können, daß für dieses Princip so viel, als nothwendig, geschehen sei, während doch in der That nichts weiter darin liegt, als eine dürftige, meistentheils bedeutungslose Form, also eine ganz schwache Krücke des morschen Inquisitionskörpers. Man muß wissen, wie sich solche Urkundspersonen im Leben ausnehmen. Ein erheblicher Unterschied von der Corona des Volkes im öffentlichen Audienzsaale besteht schon einmal darin, daß jene Leute nicht freiwillig zur Verhandlung kommen, sondern im eigentlichen Sinne des Wortes dazu commandirt werden und zwar so, daß eine gewisse Anzahl von Bürgern dafür aufgestellt ist, und dann ein jeder, je nachdem ihn die Reihe trifft[269]), vor dem Untersuchungsrichter erscheinen muß, unbekümmert um etwaige dringende Privatgeschäfte. Die nothwendige Folge ist, daß dieselben fast ohne Ausnahme mit Widerwillen zu dem Verhöre sich einfinden und deßhalb auch nur mit getheilter Aufmerksamkeit oder gar mit fremdartigen Beschäftigungen dem Verhöre anwohnen. Der Untersuchungsrichter, welcher einen Hang zu übertriebener Strenge und willkürlicher Behandlung hat, wird dennoch außerhalb dieser Verhöre[270]) Gelegenheit dazu finden, und die ganze Controle ist sodann unnütz. Der Inquisit wird aber auch solche officielle Zeugen in der Regel nicht als seine Schutz- und Schirmherren ansehen.

Das Wesen eines Schlußverhöres besteht übrigens darin:

1) Daß alle früher aufgenommenen Verhörsprotocolle dem Inquisiten nochmals vorgelesen und die Fragen daran geknüpft werden, ob er dieselben als richtig anerkenne und ob er etwas Weiteres hinzuzufügen habe. Der Grund und Zweck einer solchen Recapitulation dürfte sich unter allen Umständen[271]) der Billigung zu erfreuen haben, weil es, zumal bei längeren Untersuchungen, dem Angeschuldigten nicht leicht möglich sein wird, die ganze Verhandlung am Schlusse noch so im Gedächtnisse zu haben und so sicher zu überschauen, daß er nichts, was zu seinem Vortheile gereichen mag, verabsäumen könnte. Die Protocolle sind ihm zwar alle bereits vorgelesen worden, aber jedesmal am Ende des Verhöres und er befand sich daher in jenem Zeitpunkte wohl

269) Wo nicht besondere Schöppen, wie in Württemberg (s. obigen Entwurf §. 48), angestellt sind, werden die Mitglieder des städtischen Gemeinderathes dazu verwendet.

270) Wie z. B. bei den Besuchen im Gefängnisse und vor dem Anfange des förmlichen Verhöres.

271) Mittermaier, a. a. O. S. 160, Anm. 30, bemerkt in dieser Beziehung: Das alte articulirte Verhör ist noch besser, als diese Art von Schlußverhör, die weder dem Inculpaten viel nützt, noch die Gründlichkeit der Entscheidungen befördert. Mit welcher Klarheit, Umsicht und Sicherheit kann am Ende der Assisenverhandlungen der Richter, welcher alle Aussagen selbst hörte, entscheiden! Allein dieser Einwurf gegen das Schlußverhör ist wohl nur so zu nehmen, daß um dessen Preis das feierliche Schlußverfahren vor dem Gerichtshofe und Volke nicht aufgegeben werden soll. Bliebe es dagegen neben dieser Verbesserung fortbestehend, so würde es mindestens immer den Vortheil sichern, daß der Inquirent sich selbst ins Reine setzen müßte, ob er seiner Pflicht genügt oder noch irgend etwas genauer aufzuklären habe.

tets in einem sehr aufgeregten oder abgespannten Zustande, wo er nicht so im Stande sein kann, auf jedes Wort aufzumerken, wie solches nun beim Anbeginn des Schlußverhöres der Fall sein wird. Es geschieht auch zuweilen, daß hierbei Berichtigungen einzelner Ausdrücke, ja Verwerfung ganzer Protocolle, wie z. B. durch Widerruf der Geständnisse oder Abänderung einer Erklärung über Zeugen, deren Qualitäten Inculpat erst später recht kennen lernte, erfolgen.

2) Wenn die Recapitulation durch Vorlesen der Protocolle abgethan ist, so liegt es dem Inquirenten ob, auch materiell den Stoff aller Verhöre nochmals zusammenzufassen und dem Angeschuldigten einzelne Fragen[272]) darüber vorzulegen. Der hierbei zu beobachtende Gang ist derselbe, der vorhin für die Verarbeitung des Untersuchungsstoffes im Specialverhöre angegeben wurde. Ist übrigens der Thatbestand außer Zweifel gesetzt, so kann man dessen Beweis hier unberührt lassen. Die Hauptsache ist die summarische Wiederholung der Gründe und Beweise der Anschuldigung, so wie der Entschuldigung, wobei ein etwaiges Geständniß nochmals in Kürze zu veranlassen[273]) ist, oder im Falle des Widerrufes die Angabe der Motive, auf die er gestützt werden soll. Auch ist der Inquisit ausdrücklich zu befragen, ob er noch etwas zu seiner Entschuldigung vorzubringen habe (p. G.-O. Art. 47). Alsdann geht man zu dem bestimmten Vorhalte des Verbrechens über, dessen der Inquisit verdächtig erscheint, und auch hier wird es wieder rathsam, alle als möglich sich darstellenden Ansichten von der Natur der That zu berühren, damit der Angeschuldigte in jeder Beziehung sich zu rechtfertigen vermöge.

Nach abgehaltenem Schlußverhöre werden die Acten vorschriftsmäßig geheftet, paginirt, quadrangulirt u. s. w., und das Hauptgeschäft des Untersuchungsrichters ist damit beendigt[274]).

H. In den teutschen Ländern herrscht eine verschiedene Praxis darin, wie es mit der förmlichen Vertheidigung[275]) des Angeschuldigten gehalten werden muß. An manchen Orten hat der Untersuchungsrichter gleich seinerseits die Einleitung dazu zu treffen, an anderen aber legt er die Acten dem Gerichtshofe vor, damit dieser das Nöthige verfüge. Es existiren aber auch Gesetze, welche eine Beschränkung der schriftlichen

---

272) Diese müssen gleichsam wie Brennpunkte alle wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung übersichtlich vereinigen und somit dem Inquisiten wie dem Oberrichter in Kürze veranschaulichen, was die Procedur bezweckt und herausgestellt hat. Sie haben dem Wesen nach Aehnlichkeit mit den älteren Inquisitionalartikeln. Müller, Lehrb. des Criminalprozesses S. 452. Zachariä, Grundlinien des Criminalproz. §. 162.

273) v. Jagemann, Handbuch Bd. II, Nr. 285.

274) Zum Theil wird noch eine förmliche Inrotulation verlangt. Preuß. Criminalordn. §. 431 und 471.

275) Die Literatur hierüber am vollständigsten bei Zachariä a. a. O. S. 168—177. P. G.-O. Art. 47, 88, 90, 219. Preuß. Criminalordn. §. 433 flg. Bayer. Strafgesetzbuch Th. II, Art. 141 flg.

Vertheidigung auf solche Verbrechen, die eine empfindlichere Strafe[276] zur Folge haben können, enthalten, welches vom Standpunkte des Gerechtigkeitsprincipes aus um so mehr verworfen werden muß, als im Inquisitionsprozesse die Lage des Angeschuldigten überhaupt weit nachtheiliger als in jeder anderen Prozeßart, und mithin der Defension jeder mögliche Spielraum zu gönnen ist.

Ueberall, wo es nicht geradezu verboten ist, sollten die Untersuchungsrichter im Schlußverhöre die bestimmte Frage[277]) stellen, ob Inquisit einen Vertheidiger aufstellen wolle. Freilich ist es eine nicht unbedeutende Last der Anwälte, für die vielen vermögenslosen Inquisiten als Officialdefensoren[278]), die der Reihe nach von Amtswegen aufgestellt werden, zu arbeiten; allein fürs Erste wissen dieß Alle, die dem Stande sich widmen, im voraus, und zum Anderen ist ihre Zahl in neuerer Zeit so sehr angewachsen, daß die Last der Armensachen[279]) sich sehr vertheilt.

Insoweit als die Defension mit dem Prozesse selbst näher zusammenhängt, muß hier zum Schlusse noch davon die Rede sein.

Von großer Erheblichkeit ist es für den Vertheidiger, daß er die Gerichtsacten vollständig lesen und mit dem Angeschuldigten sich persönlich benehmen könne.

1) Was die Gestattung der Acteneinsicht[280]) anbelangt, so ist es eine heilige Pflicht des Untersuchungsrichters, daß er dem Anwalte nichts vorenthalte, was als Bestandtheil derselben zu betrachten ist, und sollten auch Dinge darin vorkommen, die seine Person empfindlich betreffen. Die Praxis hat als Grundsatz angenommen, daß die Acten nicht aus der Gerichtsstube gegeben werden, und es scheint auch nicht rathsam, hiervon abzugehen. Die Ursache ist einfach darin zu erkennen, daß die Criminalgerichte für die Integrität der Acten verantwortlich[281]) sind, weßhalb ihnen nicht zugemuthet werden kann, sie aus ihrer Verwahrung herauszugeben.

---

276) Eine badische Verordnung läßt sie nur unter der Voraussetzung zu, daß eine mehr als einjährige Freiheitsstrafe erfolgen könnte. Das österreichische Gesetzbuch über Verbrechen Th. I, §. 337, schließt jede Vertheidigung vor dem Erkenntnisse schlechthin aus. S. auch K. A. Weiske, Handb. des sächs. Criminalproz. §. 320.

277) Die p. G.-O. Art. 219 will dieß zwar dem eigenen Begehren des Angeschuldigten lediglich überlassen; aber die neuere Praxis verlangt, daß er darauf aufmerksam gemacht werde. Abegg, Lehrb. des Criminalproz. S. 280. Müller, Lehrb. des Criminalpr. S. 452.

278) Scholz, in der Zeitschr. für Strafverf. Bd. III, Nr. XXI.

279) Es wäre wohl an der Zeit, daß alle Regierungen den Anwälten für solche Arbeiten eine Entschädigung aus der Staatscasse gäben, die mindestens die Hälfte der ordinären Taxe erreichte.

280) Mittermaier, Anleitung zur Vertheidigungskunst, 3. Aufl. (Landshut 1828), §. 50—52. Scholz a. a. O. S. 448—453. Zachariä a. a. O. §. 60.

281) Eben deßhalb kann auch mit Grund nicht eingewendet werden, daß den Advocaten so gut wie den Referenten die Acten anzuvertrauen seien; denn diese haften mit dem Collegium für den Actenbestand, während der Advocat darauf nicht verpflichtet ist, auch nicht verpflichtet werden kann. Der Ausweg,

Mag es auch dahin gestellt sein, ob einzelne Advocaten im Stande ein würden, absichtlich an der Form oder dem Inhalte der Acten, wenn ie dieselben zu Hause hätten, etwas zu verändern, so kann doch dafür Niemand stehen, daß durch irgend einen Zufall oder ein Mißgeschick so wichtige Urkunden in Privatwohnungen beschädigt würden, ja verloren gingen.

2) Die Unterredung mit dem Angeschuldigten[282]) hängt von der Erlaubniß des Inquirenten natürlich nur insoweit ab, als jener im Verhafte sich befindet. Auch hier sollte als Regel gelten, daß dem Gesuche **immer** stattzugeben sei, so lange nicht bestimmte Verordnungen entgegenstehen, und zwar in der Ausdehnung, daß **keine Gerichtsperso**nen **als Zeugen**[283]) sich zudrängen. Da wo letzteres vorgeschrieben ist, wäre zu wünschen, daß man davon abginge, weil nimmermehr anzunehmen ist, daß ein verpflichteter Anwalt einen Plan zur Flucht mit dem Arrestanten verabreden würde, und weil die Besorgniß vor Vermittelung von Collusionen nach dem Actenschlusse keinen Boden mehr hat, im übrigen aber die Rechte des verhafteten von denen des nicht verhafteten Inquisiten in nichts verschieden sind und letzterer doch ungehindert, wann, wie und wo er will, mit dem ernannten Defensor sich besprechen darf.

Hat der Vertheidiger auf solche Vorbereitung hin die Defensionsschrift ausgearbeitet und übergeben, so kommt es zunächst darauf an, ob er **Mängel und Lücken** der Untersuchung rügt[284]). Wegen ersterer hat sich der Untersuchungsrichter, je nach der Relevanz des Vorbringens, zu rechtfertigen und wegen letzterer ist, unter gleicher Voraussetzung, eine Ergänzung durch weitere Beweiserhebungen und Verhöre vorzunehmen[285]), und nachdem dieß Alles geschehen, wird dem Vertheidiger nochmals Acteneinsicht gestattet, damit er einen Nachtrag zur Hauptschrift abfassen kann.

So bearbeitet, geprüft und ergänzt gelangen die Acten zum End-

---

den die **preuß.** Criminalordn. §. 451 traf, daß die Acten dem Vertheidiger in die Behausung zu verabfolgen seien, **wenn er zu den öffentlichen Beamten gehört**, verdient nur in so weit Billigung, als unter letzteren **Staatsdiener** verstanden werden, die etwa ausnahmsweise Defensionen übernehmen. Im Herzogthume **Braunschweig** soll übrigens die allgemeine Verabfolgung der Acten durch die **Praxis** eingeführt sein. **Scholz** a. a. O. S. 451.

282) Dagegen waren die früheren Lehrer des Strafprozesses; z. B. **Heil**, index et defensor. Cap. III. §. 25. S. jedoch **Tittmann**, Handb. der Strafrechtsw. Bd. III, S. 442, 443. **Mittermaier**, Anleitung zur Vertheidigungskunst §. 53 flg.

283) **Hurlebusch**, ob der Inquisit nach geendigter Untersuchung sich mit seinem Vertheidiger nicht anders, als in Gegenwart einer Gerichtsperson unterreden dürfe? in **dessen** Erörterungen aus dem Civil- und Criminalrechte Hft. I, Nr. II, S. 8. **Biedermann**, im a. Archiv des Criminalrechtes Bd. II, St. 2, Nr. 9, St. 3, Nr. 7. **Bauer**, Lehrb. des Strafproz. §. 184. **Preuß.** Criminalordn. §. 446, 449.

284) **Mittermaier**, Anleitung zur Vertheidigungskunst §. 65—74. **Marschner**, Anleitung zur Vertheid. (Dresden und Leipzig 1828), §. 66—81.

285) Dasselbe Benehmen ist vom Inquirenten auch da einzuhalten, wo ihm der Gerichtshof aus eigenem Antriebe Ergänzungen aufträgt. v. **Jagemann**, Handbuch Bd. I, §. 446—449. **Abegg**, Lehrb. des Criminalproz. S. 282.

Vertheidigung auf solche Verbrechen, die eine empfindlichere Strafe[276]) zur Folge haben können, enthalten, welches vom Standpunkte des Gerechtigkeitsprincipes aus um so mehr verworfen werden muß, als im Inquisitionsprozesse die Lage des Angeschuldigten überhaupt weit nachtheiliger als in jeder anderen Prozeßart, und mithin der Defension jeder mögliche Spielraum zu gönnen ist.

Ueberall, wo es nicht geradezu verboten ist, sollten die Untersuchungsrichter im Schlußverhöre die bestimmte Frage[277]) stellen, ob Inquisit einen Vertheidiger aufstellen wolle. Freilich ist es eine nicht unbedeutende Last der Anwälte, für die vielen vermögenslosen Inquisiten als Officialdefensoren[278]), die der Reihe nach von Amtswegen aufgestellt werden, zu arbeiten; allein fürs Erste wissen dieß Alle, die dem Stande sich widmen, im voraus, und zum Anderen ist ihre Zahl in neuerer Zeit so sehr angewachsen, daß die Last der Armensachen[279]) sich sehr vertheilt.

Insoweit als die Defension mit dem Prozesse selbst näher zusammenhängt, muß hier zum Schlusse noch davon die Rede sein.

Von großer Erheblichkeit ist es für den Vertheidiger, daß er die Gerichtsacten vollständig lesen und mit dem Angeschuldigten sich persönlich benehmen könne.

1) Was die Gestattung der Acteneinsicht[280]) anbelangt, so ist es eine heilige Pflicht des Untersuchungsrichters, daß er dem Anwalte nichts vorenthalte, was als Bestandtheil derselben zu betrachten ist, und sollten auch Dinge darin vorkommen, die seine Person empfindlich betreffen. Die Praxis hat als Grundsatz angenommen, daß die Acten nicht aus der Gerichtsstube gegeben werden, und es scheint auch nicht rathsam, hiervon abzugehen. Die Ursache ist einfach darin zu erkennen, daß die Criminalgerichte für die Integrität der Acten verantwortlich[281]) sind, weßhalb ihnen nicht zugemuthet werden kann, sie aus ihrer Verwahrung herauszugeben.

---

276) Eine badische Verordnung läßt sie nur unter der Voraussetzung zu, daß eine mehr als einjährige Freiheitsstrafe erfolgen könnte. Das österreichische Gesetzbuch über Verbrechen Th. I, §. 337, schließt jede Vertheidigung vor dem Erkenntnisse schlechthin aus. S. auch K. A. Weiske, Handb. des sächs. Criminalproz. §. 320.

277) Die p. G.-O. Art. 219 will dieß zwar dem eigenen Begehren des Angeschuldigten lediglich überlassen; aber die neuere Praxis verlangt, daß er darauf aufmerksam gemacht werde. Abegg, Lehrb. des Criminalproz. S. 280. Müller, Lehrb. des Criminalpr. S. 452.

278) Scholz, in der Zeitschr. für Strafverf. Bd. III, Nr. XXI.

279) Es wäre wohl an der Zeit, daß alle Regierungen den Anwälten für solche Arbeiten eine Entschädigung aus der Staatscasse gäben, die mindestens die Hälfte der ordinären Taxe erreichte.

280) Mittermaier, Anleitung zur Vertheidigungskunst, 3. Aufl. (Landshut 1828), §. 50—52. Scholz a. a. O. S. 448—453. Zachariä a. a. O. §. 60.

281) Eben deßhalb kann auch mit Grund nicht eingewendet werden, daß den Advocaten so gut wie den Referenten die Acten anzuvertrauen seien; denn diese haften mit dem Collegium für den Actenbestand, während der Advocat darauf nicht verpflichtet ist, auch nicht verpflichtet werden kann. Der Ausweg,

Mag es auch dahin gestellt sein, ob einzelne Advocaten im Stande sein würden, absichtlich an der Form oder dem Inhalte der Acten, wenn sie dieselben zu Hause hätten, etwas zu verändern, so kann doch dafür Niemand stehen, daß durch irgend einen Zufall oder ein Mißgeschick so wichtige Urkunden in Privatwohnungen beschädigt würden, ja verloren gingen.

2) Die Unterredung mit dem Angeschuldigten[282]) hängt von der Erlaubniß des Inquirenten natürlich nur insoweit ab, als jener im Verhafte sich befindet. Auch hier sollte als Regel gelten, daß dem Gesuche immer stattzugeben sei, so lange nicht bestimmte Verordnungen entgegenstehen, und zwar in der Ausdehnung, daß keine Gerichtspersonen als Zeugen[283]) sich zudrängen. Da wo letzteres vorgeschrieben ist, wäre zu wünschen, daß man davon abginge, weil nimmermehr anzunehmen ist, daß ein verpflichteter Anwalt einen Plan zur Flucht mit dem Arrestanten verabreden würde, und weil die Besorgniß vor Vermittelung von Collusionen nach dem Actenschlusse keinen Boden mehr hat, im übrigen aber die Rechte des verhafteten von denen des nicht verhafteten Inquisiten in nichts verschieden sind und letzterer doch ungehindert, wann, wie und wo er will, mit dem ernannten Defensor sich besprechen darf.

Hat der Vertheidiger auf solche Vorbereitung hin die Defensionsschrift ausgearbeitet und übergeben, so kommt es zunächst darauf an, ob er Mängel und Lücken der Untersuchung rügt[284]). Wegen ersterer hat sich der Untersuchungsrichter, je nach der Relevanz des Vorbringens, zu rechtfertigen und wegen letzterer ist, unter gleicher Voraussetzung, eine Ergänzung durch weitere Beweiserhebungen und Verhöre vorzunehmen[285]), und nachdem dieß Alles geschehen, wird dem Vertheidiger nochmals Acteneinsicht gestattet, damit er einen Nachtrag zur Hauptschrift abfassen kann.

So bearbeitet, geprüft und ergänzt gelangen die Acten zum End-

---

den die preuß. Criminalordn. §. 451 traf, daß die Acten dem Vertheidiger in die Behausung zu verabfolgen seien, wenn er zu den öffentlichen Beamten gehört, verdient nur in so weit Billigung, als unter letzteren Staatsdiener verstanden werden, die etwa ausnahmsweise Defensionen übernehmen. Im Herzogthume Braunschweig soll übrigens die allgemeine Verabfolgung der Acten durch die Praxis eingeführt sein. Scholz a. a. O. S. 451.

282) Dagegen waren die früheren Lehrer des Strafprozesses; z. B. Heil, index et defensor. Cap. III. §. 25. S. jedoch Tittmann, Handb. der Strafrechtsw. Bd. III, S. 442, 443. Mittermaier, Anleitung zur Vertheidigungskunst §. 53 flg.

283) Hurlebusch, ob der Inquisit nach geendigter Untersuchung sich mit seinem Vertheidiger nicht anders, als in Gegenwart einer Gerichtsperson unterreden dürfe? in dessen Erörterungen aus dem Civil- und Criminalrechte Hft. I, Nr. II, S. 8. Biedermann, im a. Archiv des Criminalrechtes Bd. II, St. 2, Nr. 9, St. 3, Nr. 7. Bauer, Lehrb. des Strafproz. §. 184. Preuß. Criminalordn. §. 446, 449.

284) Mittermaier, Anleitung zur Vertheidigungskunst §. 65—74. Marschner, Anleitung zur Vertheid. (Dresden und Leipzig 1828), §. 66—81.

285) Dasselbe Benehmen ist vom Inquirenten auch da einzuhalten, wo ihm der Gerichtshof aus eigenem Antriebe Ergänzungen aufträgt. v. Jagemann, Handbuch Bd. I, §. 446—449. Abegg, Lehrb. des Criminalproz. S. 282.

ziele, nämlich zur Kritik des Gerichtshofes mittels eines von demselben bestellten Referenten, und es wird dann in geheimer Sitzung der Vortrag des letzteren angehört, ein Urtheil[286]) darauf gebaut und solches, eben so geheim, dem Angeschuldigten verkündet und, wenn er nicht durch Rechtsmittel eine Abänderung erwirkt, durch den Untersuchungsrichter vollzogen.

Dieß sind die Grundzüge des Inquisitionsprozesses nach seiner heutigen Gestaltung. L. v. Jagemann.

Instanz (instantia)[1]) in einer seiner Urbedeutungen actio instandi, actus urgendi aliquid, das heftige Andringen auf eine Sache, wiederholtes und dringendes Fordern derselben[2]), davon abgeleitet im römischen Rechte: die Zeit, welche zur Einklagung einer Sache im Prozeßgange von der Litiscontestation bis zur Sentenz, oder das biennium, später triennium, welches zur Beendigung einer Criminalsache bestimmt war[3]), endlich überhaupt jeder, wie sich Glück[4]) ausdrückt, Rechtsgang, den die Parteien mit einander machen, welcher Erklärung Glück beifügt: und solcher Instanzen können mehrere vor einem und eben demselben Gerichte vorkommen. Davon haben sich im heutigen Prozesse neben dem noch jetzt geltenden Begriffe des Wortes, als einer Bitte um richterliche Verfügung[5]), folgende Bedeutungen desselben gebildet: erstlich ein, nach seinem besonderen Zwecke charakterisirter Theil des gerichtlichen Verfahrens, z. B. Beweisinstanz, Executionsinstanz u. s. w., zweitens insonderheit ein der Entscheidung eines anderen Gerichtes als dessen, vor dem bisher die Sache anhängig war, unterliegender Prozeßtheil, drittens dieses andere Gericht selbst[6]) — beide letzteren Bedeutungen in den Worten Appellationsinstanz, Oberappellationsinstanz, Revisionsinstanz u. s. w.[7]). Zu beschränkt nimmt daher Gönner[8]), der übrigens

---

286) Zachariä, Grundlinien §. 212—215. Feuerbach, Betrachtungen über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit Bd. I, S. 119—146.

1) Walbeck, Controversen-Entscheidungen des Oberappellationsgerichtes zu Wolfenbüttel Th. 1 (Braunschweig 1827), S. 278. Mohl, Rogge, Scheurlen u. s. w., kritische Zeitschrift Bd. 5 (Stuttgart), S. 349.

2) L. 32. §. 1. L. 33. D. de usuris et fructibus. (22. 1.) Forcellini, totius latinitatis lexicon s. v. instantia.

3) L. 73. §. 2. D. de iudiciis et ubi quisque. (5. 1.) Cf. L. 13. §. 11. C. de iudiciis. (3. 1.) L. 3. C. ut intra certum tempus etc. (9. 44.) Calvyni, lexicon iuridicum s. v. instantia.

4) Im Pandektencommentar Th. 6, §. 509, Note 15, S. 235 flg.

5) L. 43. §. 1. D. de pigneratitia act. (13. 7.) L. un. §. 2. D. de libellis dimissor. (49. 6.) L. 1. pr. L. 2. C. de iureiurando propt. cal. (2. 59.) Bieneri syst. process. iudiciarii §. 13. not. 2.

6) Stübel, das Criminalverfahren in den teutschen Gerichten Bd. 1, §. 180, 181.

7) Oelze, Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 291. Grolman, Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 35. Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses §. 41, Note g. Brackenhoeft, Erörterungen über Linde's Lehrbuch des Civilprozesses (Leipzig 1842), §. 77, S. 193 flg. Biener l. c. §. 13. not. 2.

8) Im Handbuche des Prozesses Bd. 3, Nr. XV, §. 1 flg.

einige der verschiedenen Definitionen des Wortes Instanz sammt d
Literatur darüber gesammelt hat[9]), den Begriff desselben nur in de
angegebenen letzteren Bedeutungen, wenn gleich nicht geleugnet werd
kann, daß es darin am häufigsten gebraucht wird. Man hat o
besonders in Sachsen[10]), nicht zugeben wollen, daß durch die Recht
mittel der Supplication, Revision, Restitution, Leuterung neue Instanz
gebildet würden, weil auf diese Rechtsmittel die Sache vor demselb
Richter verhandelt werde, vor dem sie früher in derjenigen Instanz, n
das Rechtsmittel eingewendet worden ist, verhandelt wurde. Da ind
der Richter, bei dem Eines dieser Rechtsmittel eingewendet wird, in d
Regel[11]) nicht selbst erkennt, sondern entweder verfassungsmäßig, w
häufig bei der Revision und Supplication, die Acten an einen höher
Richter, oder, wie rücksichtlich der übrigen Rechtsmittel fast ohne Au
nahme geschieht, an ein auswärtiges Spruchcollegium zur Abfassu
eines Erkenntnisses einsenden muß; so ist kein Grund vorhanden, nic
in Anwendung der oben erwähnten ersten und zweiten Wortbedeutun
von einer Leuterungs-, Revisions u. s. w.-Instanz zu reden.

Dem Zwecke des Staates entspricht vor allen Dingen dessen Ve
pflichtung, die Rechte seiner Bürger durch die richterliche Gewalt
schützen. Allein der Richter selbst kann die Rechte der Bürger, die
schützen soll, durch Begehungs- oder Unterlassungsfehler, durch Nich
erfüllung seiner Richterpflicht aus Unwissenheit, Nachlässigkeit, Irrthu
oder Leidenschaft, verletzen. Die Pflicht des Staates erfordert dah
weiter eine solche Einrichtung, daß die Entscheidung der Rechtssach
nicht Einem Gericht überlassen, sondern daß die Rechtlichkeit und Richti
keit der Entscheidungen mindestens durch ein zweites Gericht geprüft u
controlirt werde, wenn an der Existenz gedachter Qualitäten der fra
lichen Entscheidung von einer oder der anderen Partei gezweifelt wir
Ueberdieß hat der Richter, wenn er beide Parteien gehört und sei
Entscheidung gegeben hat, sein Geschäft vollendet; wer die fraglich
Rechte anders regulirt haben will, muß sich an einen anderen Richt
wenden. So liegt das Bedürfniß verschiedener Instanzen in den allg
meinen Grundsätzen über Rechtshandhabung im Staate von selbst, u
daß, wenn Ein Erkenntniß dem andern vorgezogen werden soll, Jen
von einem Gericht ertheilt werden muß, dem man wegen seiner Zusamme
setzung, Stellung u. s. w. mehr Intelligenz, Unparteilichkeit, reife
Sacherwägung u. s. w. zuzutrauen berechtigt ist, als dem Richter erst
Instanz; dieß liegt in der Natur der Sache[12]). Erheischt endlich selb
die Gesetzgebungspolitik, daß der Staat auf möglichste Gleichförmigk
der rechtlichen Entscheidungen hinarbeite; ist aber eine solche nicht mö

9) A. a. O. §. 2.
10) Biener l. c. §. 14.
11) Eine merkwürdige Ausnahme besteht z. B. im Herzogthume Brau
schweig.
12) Daher in den Begriff der Instanz selbst Manche das Erforderniß d
Subordination hineinbringen, z. B. Glück a. a. O. S. 235.

lich, wenn jedes der vielen gleich gestellten Gerichte, wie nöthig, nach seiner Ueberzeugung erkennt, ohne daß die etwa irrigen Ansichten eines oder des anderen Gerichtes durch eine gemeinschaftliche Behörde, falls sich die Parteien nicht dabei beruhigen, den vom Staate angenommenen Rechtsprincipien angepaßt werde; so geht daraus und aus der Absicht, wahre Gerechtigkeit zu sichern, die Nothwendigkeit verschiedener Verhandlungen über einen und denselben Gegenstand, verschiedener Instanzen und ihre Subordination unter einander[13]) von selbst hervor[14]). Es bildete sich so die Gradation mehrerer Gerichte über einander[15]), es entstanden Stufengerichte[16]), der Instanzenzug (vgl. den Art. Gericht Bd. 4, S. 546)[17]) von Unter-, Mittel- (höheren oder Ober-) und κατ᾽ ἐξοχήν Ober- (obersten oder höchsten) Gerichten, indem man öfter unter Obergerichten die Mittel- und obersten Gerichte zugleich versteht.

Schon das römische und canonische Recht setzten eine solche Organisation der Gerichte voraus, daß immer von dem niederen an den höheren Richter appellirt werden mußte, woran sich die teutsche Reichsverfassung anschloß (vergl. den Art. Appellation Bd. 1, S. 359 flg.)[18]). Doch kannten das römische Recht vor Justinian in den Relationen oder Consultationen vor der Sentenz, und das canonische Recht in den von mehreren Delegirten, die sich über ein Rechtsurtheil nicht vereinigen konnten, einzuholenden Entscheidungen des Delegaten, solche Erkenntnisse, welche ohne Veränderung der Instanz nicht von dem Richter selbst gegeben waren, bei dem die Sache verhandelt wurde, sondern von einem höheren. Auch ließen sich bekanntlich nach altteutschem Rechte die Schöffen, welche sich über eine Sentenz nicht vereinigen konnten, von einem Oberhofe weisen, woraus das Institut der Actenversendung entstand, durch welches, wenn die Rede von einem ersten

---

13) Grolman a. a. O. §. 35. Stübel a. a. O. §. 177. Müller, Lehrbuch des Criminalprozesses §. 43.

14) Oeltze a. a. O. §. 291. Gönner a. a. O. Bd. 1, Nr. VI, §. 9, und Nr. VII, §. 22; Bd. 3, Nr. LV, §. 1 u. 2. Martin a. a. O. §. 41. Linde, Handbuch des Prozesses Bd. 4, §. 10, S. 24 flg. Linde, Marezoll, Schröter, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 10, Hft. 2, Nr. V, §. 1, S. 161.

15) Martin a. a. O. §. 41. Glück a. a. O. S. 236. Stübel a. a. O. §. 178 flg.

16) Gensler's Commentar über Martin's Civilprozeßlehrbuch von Morstadt Bd. 1, §. 41, S. 62.

17) Von dem Instanzenzuge in bürgerlichen Rechtssachen in Hellfeld, Erläuterung verschiedener Materien des bürgerlichen Rechtes (Eisenberg 1828), S. 174. Merkwürdig vom Gewöhnlichen abweichende Vorschriften über den Instanzenzug enthält die provisorische Oberappellationsgerichtsordnung von Jena sammt den einzelnen Publicationspatenten dazu in der Ausgabe zu Jena 1830, von Adolph Martin. Die dießfallsigen besonderen Vorschriften im Herzogthume Coburg sind dargestellt von Hofmann, in gedachten Martin's Jahrbüchern der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen Jahrg. 3, Hft. 1 (Neustadt a. d. O. 1831), Nr. IV, S. 87.

18) Linde a. a. O. §. 7 a. E., S. 14.

Erkenntnisse in dem fraglichen Theile des Prozesses ist, die Instanz auch nicht geändert wird (s. oben S. 499). Das ältere teutsche Recht ist jedoch mit dem Instanzenzug auch nicht unbekannt, da, wenn ein Urtheil gescholten wurde, die diessfallsige Entscheidung durch den Zug an das Gericht desjenigen höheren Richters erfolgte, von dem der Bann des Gerichtes verliehen worden war, welches das gescholtene Urtheil ertheilt hatte[19]). Später wurde schon in der Reichskammergerichtsordnung von 1495 §. 13 das Recht der Reichsstände anerkannt, ein ordentliches Obergericht zu bestellen, von dem erst — jedoch, wie sich von selbst versteht, nur da, wo nicht ein Reichsmittelgericht, kaiserliches Landgericht[20]) eintrat — an das Kammergericht appellirt werden konnte; ja man sprach schon in der Reichskammergerichtsordn. v. 1521 Art. 23, §. 1 von mehreren Richtern voriger Instanzien und auf dem Deputationstage von 1600 wurde es den Reichsständen zur Pflicht gemacht, solche hievor und jetzo bedachte nützliche Anordnungen ihrer Unter-, Ober- und Hofgericht, in denen Orten es noch nicht geschehen, zum allerehesten unverhinderlich ihnen und des Reichs Unterthanen selbst zum Besten anzuordnen[21]). Es war nämlich die Gerichtsbarkeit der früher vom Könige mit dem Bann beliehenen Richter, als sie von diesen nicht mehr selbst ausgeübt wurde, auf von ihnen angestellte höhere Gerichte übergegangen, an die von denjenigen Gerichten, für welche der Landesherr den Bann verliehen hatte, den Aemtern und Patrimonialgerichten, appellirt wurde. Von jenen Obergerichten des Landesherrn aber, deren allerdings auch mehrere in jedem Lande sein können[22]), während nach Vorstehendem jedes Reichsland wenigstens Eines haben mußte[23]), wurde an das Hofgericht des Kaisers oder Königs oder an dessen Pfalzgrafen, zuletzt an die Reichsgerichte, nachdem diese eingesetzt waren, appellirt. Hatte der Landesherr das privilegium de non appellando gegen die Reichsgerichte erlangt, so trat an deren Stelle ein landesherrliches Oberappellationsgericht, oder es wurde eine letzte Instanz durch die Rechtsmittel der Leuterung, Oberleuterung, Revision, Superrevision u. s. w. gebildet[24]). Die Reichsgerichte setzten aber stets voraus, daß nur von dem Landesobergericht an sie appellirt werden könne[25]). So begründete sich allgemein das Recht einer mindestens dreifachen Instanz. Auch der teutsche Bund setzte[26]) voraus, daß in jedem Bundesstaate von wenig-

---

19) Brackenhoeft a. a. O. S. 194 flg. Vgl. die Note *), S. 94, zu §. 2 der nachstehend Note 30 angezogenen Emminghaus'schen Abhandlung.
20) Gensler-Morstadt a. a. O. S. 63.
21) Gönner a. a. O. Bd. 3, Nr. LV, §. 7, 8, 10.
22) Gensler-Morstadt a. a. O.
23) Ebendas.
24) Man vgl. über alles dieß Brackenhoeft a. a. O. §. 78, S. 198. Martin, im Prozeßlehrbuche a. a. O. §. 41. Gensler-Morstadt a. a. O. S. 63. Gönner a. a. O. §. 19.
25) Gensler-Morstadt a. a. O.
26) Bundesacte Art. 12.

stens 150,000 Seelen, jedoch in den von einer Bevölkerung unter 300,000 Seelen allenfalls mit andern gemeinschaftlich, so wie für die vier freien Städte, ein oberstes Gericht, also mindestens eine dritte Instanz existire[27]). Eben weil aber die Bundesacte das Minimum der Instanzen auf drei festsetzt, das dritte Instanzgericht hingegen das oberste Gericht nennt, so folgt daraus, daß auch für die Anzahl der Stufengerichte in der Zahl drei ein Maximum festgesetzt ist[28]). So ist es wenigstens in sämmtlichen teutschen Bundesstaaten angenommen. In den teutschen Reichsgesetzen war dagegen ein Maximum der Instanzenzahl nicht festgestellt, man pflegte vielmehr bei ihnen alle und jede Territorial- und Austrägalinstanzen, von denen an die Reichsgerichte appellirt werden konnte, zusammen genommen die erste Instanz zu nennen[29]). Das römische Recht gestattete jeden Falles drei Instanzen, ohne, nach der richtigen Auslegung, die Zahl auf drei zu beschränken, das canonische Recht enthielt gar keine Vorschrift über die Instanzenzahl und selbst durch die Reichsgerichte entstand, wenn man nämlich in dritter Instanz an ein Reichsgericht appellirt hatte, die Möglichkeit von vier Instanzen, nachdem bei dem Reichshofrathe die Supplication, bei dem Reichskammergerichte die Revision eingeführt worden war. Ja es nahmen sogar die Reichsgerichte von drei conformen Urtheilen Appellation an[30]). Wenn nun gleich gegen Reichsstände, welche sich gern der reichsgerichtlichen obersten Instanz entzogen hätten und dazu auch das Mittel der Vervielfältigung der Instanzen in ihrem Lande anwendeten, die Reichsgerichte Amtswegen einschritten, ohne einen in den Gesetzen liegenden Grund gehörig nachzuweisen[31]); so konnte doch, nach Auflösung des teutschen Reichsverbandes, in den einzelnen teutschen Bundesstaaten, trotz der Bestimmung nur dreier Stufengerichte in der Bundesacte, ein Maximum der Instanzen selbst nicht erzielt werden. Denn in mehreren Ländern steht der Grundsatz fest, daß so lange Rechtsmittel eingewendet werden können, bis drei conforme Erkenntnisse (in manchen Staaten sogar in ununterbrochener Reihefolge[32])) ertheilt sind, wo dann die mehreren Instanzen, außer den drei Stufengerichten, durch die blos suspensiven Rechtsmittel erlangt werden[33]). Eben so liegt es in der Hand jedes Bundesfürsten, der gedachten Bundesgesetzgebung ungeachtet, die Instanzen sehr zu beschrän-

---

27) Müller a. a. O. S. 74.
28) Linde a. a. O. §. 8, S. 15.
29) Glück a. a. O. S. 236, Note 16.
30) Ueber alles dieß s. Gönner a. a. O. §. 19, 20, 21, 31. Linde a. a. O. §. 78. Emminghaus, zur Würdigung des teutschen Drei-Instanzensystemes, in Reyscher und Wilda, Zeitschrift für teutsches Recht Bd. 5, Hft. 1 (Leipzig 1841), Nr. IV, §. 1, S. 91. Vgl. den Art. Appellation Bd. 1, S. 374 flg.
31) Gönner a. a. O. §. 13. Schick, über das reichsständische Instanzenrecht, deren unerlaubte Vervielfältigung und insbesondre von der sogen. Cabinetsinstanz. Darmstadt (Gießen) 1802.
32) Emminghaus a. a. O. S. 97.
33) Linde a. a. O. §. 9, S. 16 flg.

ken, da ein Bundestagsbeschluß[34]) die Fälle, in denen Berufung stattfinden soll, für zu dem inneren Bereiche der Bundesstaaten gehörig erklärt. Daß eine Veränderung des Richters durch dessen Recusation nicht eine Instanzvermehrung oder Instanzaufhebung ist, versteht sich von selbst[35]). Die sonst sogen. Cabinetsinstanz, d. h. die Berufung an den Landesherrn und dessen endliche Entscheidung in einer Sache, und jeder Einfluß desselben auf Ausübung der Justiz im Einzelnen, cessiren nach den jetzigen Grundsätzen ganz[36]), wie denn der Nebenzweck der Obergerichte, Aufsicht auf die ihnen untergebenen Gerichte, behufs der Prozeßpolizei und Verhütung der Cabinetsjustiz, nicht zu übersehen ist[37]). Und so kann, mit der Praxis übereinstimmend, nur behauptet werden, daß Landesherren und Unterthanen die keinem abändernden Herkommen und keiner Verjährung unterworfenen Recht und Verbindlichkeit auf mindestens zwei Instanzen in jedem Lande haben[38]).

Ob aber zwei oder drei Instanzen in Civilsachen vorzuziehen seien, darüber ist vielfach gestritten worden[39]) und zwar besteht das Erstere vorzüglich in Frankreich nach dem Grundsatze qu'il n'y ait que deux degrés de iurisdiction[40]), das Letztere in den mehresten Territorien Teutschlands in der Maße, daß zwischen der höchsten Instanz und den Untergerichten noch mittlere Instanzen unter den Namen Regierung, Justizcanzlei, Hof- oder Obergericht, Appellationsgericht, Landesjustizcollegium u. s. w. vorhanden, welche erstgedachter Behörde untergeordnet, rücksichtlich der Letzteren aber Obergerichte sind[41]). Für das Zweiinstanzenprincip hat man sich vorzüglich nächst dem oben (s. den Art. Gericht Bd. 4, S. 547) Angeführten darauf berufen[42]), daß im älteren teutschen Rechte immer nur von Einer Berufung die Rede sei, daß aus der Vorschrift für das Cammergericht, es solle keine Sache in erster Instanz vor dasselbe gezogen werden, nicht auf drei Instanzen geschlossen werden könne; daß der für drei Instanzen angeführte Grund, sie gäben eine Beruhigung für die Parteien und seien ein Mittel, mögliche Irrthümer zu vermeiden, zur Instanzvervielfältigung in das Unend-

---

34) Beschluß v. 14. März 1822, in den Bundesprotocollen Bd. 15, S. 215. Emminghaus a. a. O. S. 91, Note 6. Linde a. a. O. §. 8, S. 15.

35) Gönner a. a. O. Bd. 1, Nr. XII, §. 4. Glück a. a. O. §. 508, S. 230 flg.

36) Schick a. a. O. Gönner a. a. O. Bd. 1, Nr. I, §. 3; Bd. 3, Nr. LV, §. 35, 39.

37) Gensler-Morstadt a. a. O. S. 63.

38) Gönner a. a. O. Bd. 3, Nr. LV, §. 26, 27, 28.

39) Das Recht der dritten Instanz gegen zwei gleichlautende Urtheile. München 1828.

40) Emminghaus a. a. O. S. 92.

41) Martin a. a. O.

42) Siegen, über drei Instanzen, in dessen juristischen Abhandlungen (Göttingen 1834), Abh. X, S. 168. Mittermaier, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 11, Nr. XII, S. 287 flg., und im gemeinen, teutschen, bürgerlichen Prozesse, 3. Beitrag (1. Aufl.), S. 14 flg.

liche führen, daß es namentlich ungerecht gegen die Partei sein werde, welche zwei Urtheile für sich habe, wenn sie dem dritten abändernden sich unterwerfen solle, und daß man, wolle man dieß nicht, consequent zu fünf Instanzen komme, daß auch der Bundestag selbst das Recht der drei Instanzen nicht von dem Recht auf drei conforme Erkenntnisse verstanden habe. Diese letzten zwei Gründe haben die Verfechter der gegentheiligen Ansicht[43]) nicht in Abrede stellen können (s. oben S. 502); wenn indeß eben aus dem vorletzten das Princip der tres conformes sich entwickelte, so dürfte doch wohl, abgesehen von dem, was oben (S. 500 u. 501) über die altteutsche und frühere Reichsgesetzgebung gesagt wurde, nicht zu vergessen sein, daß jeder Entscheidung in anderer Instanz eine nochmalige Erwägung, wo möglich Aufklärung der vorhandenen Verhältnisse vorausgeht, daß mehrmalige Erwägung jede verwickelte Sache klarer macht, daß darum die wiederholten Erwägungen zu Gunsten der Consequenz nicht bis in das Unendliche zu gehen brauchen, wenn früher Gründe vorhanden sind, die eine fernere Wiederholung unnöthig machen. Hat sich nun einmal das Instanzenverhältniß so in Teutschland gebildet, daß, je höher die Instanz ist, desto größere Qualificationen dafür gefordert werden, daß daher im Allgemeinen auf der höchsten Instanz das größte Vertrauen ruht; scheint es wenigstens nach unserem ganzen Geschäftsgange unerläßlich, daß, wenn zwei verschiedene Erkenntnisse vorhanden sind, eine dritte, präsumtiv in der Intelligenz höher als die beiden unteren Instanzen stehende zwischen jenen beiden entscheide; so scheint wenigstens die Einrichtung am consequentesten, welche, wenn die dritte Entscheidung den beiden ersten conformen entgegen ist, noch so lange Rechtsmittel zuläßt, bis eine Stimmenpluralität vorhanden ist. Daß wenigstens mit zwei Instanzen nicht auszukommen sei, beweist die Einführung eines Cassationshofes in Frankreich, dessen, ob er gleich nicht eine Instanz ist, Ausspruch doch nur das gut machen soll, was in jenen beiden Instanzen versehen, dessen Wirksamkeit rein vom Zufall abhängig und dessen, als eines zu unseren übrigen Einrichtungen gar nicht passenden Institutes, Einführung in keine Weise in Teutschland zu wünschen ist.

Jeden Falles ist ein geordnetes Instanzenverhältniß die Bedingung der Appellation, die nicht per saltum geschehen (s. den Art. Appellation Bd. 1, S. 351, 352, 372, 373) und insonderheit nicht auf die Selbstständigkeit der ersten Instanz störend einwirken darf[44]). Darum hat von jeher in Teutschland der Grundsatz bestanden, daß, im Falle der Bestätigung des früheren Erkenntnisses, die Sache zur vorigen Instanz remittirt werden muß, welche Einrichtung jedoch im Falle ganzer oder theilweiser Reformation in der Regel nicht statt-

43) Dresch, Betrachtungen über die Hauptstaaten des europäischen Staatensystemes, 1. Betr.: der teutsche Bund (Tübingen 1817), S. 51 flg. Emminghaus a. a. O. S. 90 flg. u. a. m.

44) Volkmar, die Selbstständigkeit der unteren Instanzen, gefährdet durch das geheime Obertribunal. Berlin 1843.

findet[45]). Darum fängt jede Verhandlung von der ersten Instanz an und geht stufenweise zu den übrigen aufwärts (beneficium primae instantiae), und dem Oberrichter, der eine Sache, die weder wegen ihres Zusammenhanges mit einer vor ihm anhängigen Angelegenheit, noch wegen eines hier eintretenden besonderen Gerichtsstandes[46]) vor ihn gehört, dennoch vor sich zieht, steht die exceptio primae instantiae entgegen[47]).

In Criminalsachen[48]) kannte man in den frühern Zeiten Teutschlands Devolutivrechtsmittel nicht, Appellation an die Reichsgerichte war sogar verboten, es wurde, zu Erreichung gleichen Zweckes, nur weitere Vertheidigung zugelassen (vgl. den Art. Appellation Bd. 1, S. 408 flg.). Die, in Folge gemeinrechtlicher Principien, späterhin angenommene mildere Ansicht, daß Appellation in keiner Strafsache gegen Zwischen- und Endurtheile ausgeschlossen sei (s. ebendas. S. 415), hat die einzige Abweichung von der Appellation in Civilsachen, daß in der Regel in Strafsachen nur zwei Instanzen verstattet sind. Dieß aber ist — die oben (S. 503) für nur zwei Gerichte angegebenen Gründe ungerechnet — eine natürliche Folge der Umgestaltung der Criminalgerichte, wonach die früheren ungelehrten Urtheilsfinder zu bloßen Urkundszeugen herabsanken und auch das erste Erkenntniß in den vor dem Gerichte erster Instanz anhängigen Criminalsachen von rechtsgelehrten Richtern eingeholt werden mußte, welches, je mehr die Actenversendung ungewöhnlich, bis sie ganz verboten wurde, in der Regel die Mittelgerichte waren und sind, über denen also blos noch die, hier die zweite Instanz bildenden höchsten Gerichte standen und stehen[49]).

Im Allgemeinen ist vorzüglich Gegenstand gelehrter Streitigkeiten die Lehre von der Instanzentbindung, Entbindung oder Absolution von der Instanz (absolutio ab instantia)[50]), geworden, jedoch nicht sowohl im Civilprozesse. Da versteht man darunter das Zwischenerkenntniß, wodurch der Beklagte, wenn der Kläger in dem zu der Verhandlung über die Klage angesetzten Termine ausbleibt, von

---

45) Walbeck a. a. O. S. 304. Mohl a. a. O. S. 350. Linde, Beitrag zur Lehre über die Remission des Prozesses an die vorige Instanz, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 15, Nr. VIII, S. 174.

46) Von der Nahmer, Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen des herzoglich nassauischen Oberappellationsgerichtes zu Wiesbaden Bd. 2, Nr. 14, 4, S. 155: Ob nach den Bestimmungen der teutschen Bundesacte und nach gemeinen Rechten ein Schriftsässiger, welcher vermöge seines Privilegiums der Schriftsässigkeit bei einem zweiten Instanzgerichte in erster Instanz belangt wurde, und sich hier auf die Klage einläßt, berechtigt sei, nach Entscheidung der Sache durch das dem zweiten Instanzgerichte unmittelbar übergeordnete Oberappellationsgericht eine zweite Instanz zu verlangen?

47) Pelze a. a. O. §. 64. Gönner a. a. O. Bd. 3, Nr. LX, §. 35. Glück a. a. O. S. 236. Biener l. c. Martin a. a. O. §. 55.

48) Ueber Instanzen in Criminalsachen, in Hurlebusch, Beiträge zur Civil- und Criminalgesetzgebung (Helmstädt 1817), S. 164.

49) Müller a. a. O. §. 44, besonders auch Note 11.

50) Harprecht, de absolutione ab instantia in civ. et crim. Tub. 1747.

lich, wenn jedes der vielen gleich gestellten Gerichte, wie nöthig, nach seiner Ueberzeugung erkennt, ohne daß die etwa irrigen Ansichten eines oder des anderen Gerichtes durch eine gemeinschaftliche Behörde, falls sich die Parteien nicht dabei beruhigen, den vom Staate angenommenen Rechtsprincipien angepaßt werde; so geht daraus und aus der Absicht, wahre Gerechtigkeit zu sichern, die Nothwendigkeit verschiedener Verhandlungen über einen und denselben Gegenstand, verschiedener Instanzen und ihre Subordination unter einander[13]) von selbst hervor[14]). Es bildete sich so die Gradation mehrerer Gerichte über einander[15]), es entstanden Stufengerichte[16]), der Instanzenzug (vgl. den Art. Gericht Bd. 4, S. 546)[17]) von Unter-, Mittel- (höheren oder Ober-) und κατ' ἐξοχὴν Ober- (obersten oder höchsten) Gerichten, indem man öfter unter Obergerichten die Mittel- und obersten Gerichte zugleich versteht.

Schon das römische und canonische Recht setzten eine solche Organisation der Gerichte voraus, daß immer von dem niederen an den höheren Richter appellirt werden mußte, woran sich die teutsche Reichsverfassung anschloß (vergl. den Art. Appellation Bd. 1, S. 359 flg.)[18]). Doch kannten das römische Recht vor Justinian in den Relationen oder Consultationen vor der Sentenz, und das canonische Recht in den von mehreren Delegirten, die sich über ein Rechtsurtheil nicht vereinigen konnten, einzuholenden Entscheidungen des Delegaten, solche Erkenntnisse, welche ohne Veränderung der Instanz nicht von dem Richter selbst gegeben waren, bei dem die Sache verhandelt wurde, sondern von einem höheren. Auch ließen sich bekanntlich nach altteutschem Rechte die Schöffen, welche sich über eine Sentenz *nicht vereinigen* konnten, von einem Oberhofe weisen, woraus das Institut der Actenversendung entstand, durch welches, wenn die Rede von einem ersten

---

13) Grolman a. a. O. §. 35. Stübel a. a. O. §. 177. Müller, Lehrbuch des Criminalprozesses §. 43.

14) Oelze a. a. O. §. 291. Gönner a. a. O. Bd. 1, Nr. VI, §. 9, und Nr. VII, §. 22; Bd. 3, Nr. LV, §. 1 u. 2. Martin a. a. O. §. 41. Linde, Handbuch des Prozesses Bd. 4, §. 10, S. 24 flg. Linde, Marezoll, Schröter, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 10, Hft. 2, Nr. V, §. 1, S. 161.

15) Martin a. a. O. §. 41. Glück a. a. O. S. 236. Stübel a. a. O. §. 178 flg.

16) Gensler's Commentar über Martin's Civilprozeßlehrbuch von Morstadt Bd. 1, §. 41, S. 62.

17) Von dem Instanzenzuge in bürgerlichen Rechtssachen in Hellfeld, Erläuterung verschiedener Materien des bürgerlichen Rechtes (Eisenberg 1828), S. 174. Merkwürdig vom Gewöhnlichen abweichende Vorschriften über den Instanzenzug enthält die provisorische Oberappellationsgerichtsordnung von Jena sammt den einzelnen Publicationspatenten dazu in der Ausgabe zu Jena 1830, von Adolph Martin. Die dießfallsigen besonderen Vorschriften im Herzogthume Coburg sind dargestellt von Hofmann, in gedachten Martin's Jahrbüchern der Gesetzgebung und Rechtspflege in Sachsen Jahrg. 3, Hft. 1 (Neustadt a. d. O. 1831), Nr. IV, S. 87.

18) Linde a. a. O. §. 7 a. E., S. 14.

Erkenntnisse in dem fraglichen Theile des Prozesses ist, die Instanz auch nicht geändert wird (s. oben S. 499). Das ältere teutsche Recht ist jedoch mit dem Instanzenzug auch nicht unbekannt, da, wenn ein Urtheil gescholten wurde, die diessfallsige Entscheidung durch den Zug an das Gericht desjenigen höheren Richters erfolgte, von dem der Bann des Gerichtes verliehen worden war, welches das gescholtene Urtheil ertheilt hatte[19]). Später wurde schon in der Reichskammergerichtsordnung von 1495 §. 13 das Recht der Reichsstände anerkannt, ein ordentliches Obergericht zu bestellen, von dem erst — jedoch, wie sich von selbst versteht, nur da, wo nicht ein Reichsmittelgericht, kaiserliches Landgericht[20]) eintrat — an das Kammergericht appellirt werden konnte; ja man sprach schon in der Reichskammergerichtsordn. v. 1521 Art. 23, §. 1 von mehreren Richtern voriger Instanzien und auf dem Deputationstage von 1600 wurde es den Reichsständen zur Pflicht gemacht, solche hievor und jetzo bedachte nützliche Anordnungen ihrer Unter-, Ober- und Hofgericht, in denen Orten es noch nicht geschehen, zum allerehesten unverhinderlich ihnen und des Reichs Unterthanen selbst zum Besten anzuordnen[21]). Es war nämlich die Gerichtsbarkeit der früher vom Könige mit dem Bann beliehenen Richter, als sie von diesen nicht mehr selbst ausgeübt wurde, auf von ihnen angestellte höhere Gerichte übergegangen, an die von denjenigen Gerichten, für welche der Landesherr den Bann verliehen hatte, den Aemtern und Patrimonialgerichten, appellirt wurde. Von jenen Obergerichten des Landesherrn aber, deren allerdings auch mehrere in jedem Lande sein können[22]), während nach Vorstehendem jedes Reichsland wenigstens Eines haben mußte[23]), wurde an das Hofgericht des Kaisers oder Königs oder an dessen Pfalzgrafen, zuletzt an die Reichsgerichte, nachdem diese eingesetzt waren, appellirt. Hatte der Landesherr das privilegium de non appellando gegen die Reichsgerichte erlangt, so trat an deren Stelle ein landesherrliches Oberappellationsgericht, oder es wurde eine letzte Instanz durch die Rechtsmittel der Leuterung, Oberleuterung, Revision, Superrevision u. s. w. gebildet[24]). Die Reichsgerichte setzten aber stets voraus, daß nur von dem Landesobergericht an sie appellirt werden könne[25]). So begründete sich allgemein das Recht einer mindestens dreifachen Instanz. Auch der teutsche Bund setzte[26]) voraus, daß in jedem Bundesstaate von wenig-

---

19) Brackenhoeft a. a. O. S. 194 flg. Vgl. die Note *), S. 94, zu §. 2 der nachstehend Note 30 angezogenen Emminghaus'schen Abhandlung.
20) Gensler-Morstadt a. a. O. S. 63.
21) Gönner a. a. O. Bd. 3, Nr. LV, §. 7, 8, 10.
22) Gensler-Morstadt a. a. O.
23) Ebendas.
24) Man vgl. über alles dieß Brackenhoeft a. a. O. §. 78, S. 198. Martin, im Prozeßlehrbuche a. a. O. §. 41. Gensler-Morstadt a. a. O. S. 63. Gönner a. a. O. §. 19.
25) Gensler-Morstadt a. a. O.
26) Bundesacte Art. 12.

stens 150,000 Seelen, jedoch in den von einer Bevölkerung unter 300,000 Seelen allenfalls mit andern gemeinschaftlich, so wie für die vier freien Städte, ein oberstes Gericht, also mindestens eine dritte Instanz existire[27]). Eben weil aber die Bundesacte das Minimum der Instanzen auf drei festsetzt, das dritte Instanzgericht hingegen das oberste Gericht nennt, so folgt daraus, daß auch für die Anzahl der Stufengerichte in der Zahl drei ein Maximum festgesetzt ist[28]). So ist es wenigstens in sämmtlichen teutschen Bundesstaaten angenommen. In den teutschen Reichsgesetzen war dagegen ein Maximum der Instanzenzahl nicht festgestellt, man pflegte vielmehr bei ihnen alle und jede Territorial- und Austrägalinstanzen, von denen an die Reichsgerichte appellirt werden konnte, zusammen genommen die erste Instanz zu nennen[29]). Das römische Recht gestattete jeden Falles drei Instanzen, ohne, nach der richtigen Auslegung, die Zahl auf drei zu beschränken, das canonische Recht enthielt gar keine Vorschrift über die Instanzenzahl und selbst durch die Reichsgerichte entstand, wenn man nämlich in dritter Instanz an ein Reichsgericht appellirt hatte, die Möglichkeit von vier Instanzen, nachdem bei dem Reichshofrathe die Supplication, bei dem Reichskammergerichte die Revision eingeführt worden war. Ja es nahmen sogar die Reichsgerichte von drei conformen Urtheilen Appellation an[30]). Wenn nun gleich gegen Reichsstände, welche sich gern der reichsgerichtlichen obersten Instanz entzogen hätten und dazu auch das Mittel der Vervielfältigung der Instanzen in ihrem Lande anwendeten, die Reichsgerichte Amtswegen einschritten, ohne einen in den Gesetzen liegenden Grund gehörig nachzuweisen[31]); so konnte doch, nach Auflösung des teutschen Reichsverbandes, in den einzelnen teutschen Bundesstaaten, trotz der Bestimmung nur dreier Stufengerichte in der Bundesacte, ein Maximum der Instanzen selbst nicht erzielt werden. Denn in mehreren Ländern steht der Grundsatz fest, daß so lange Rechtsmittel eingewendet werden können, bis drei conforme Erkenntnisse (in manchen Staaten sogar in ununterbrochener Reihefolge[32])) ertheilt sind, wo dann die mehreren Instanzen, außer den drei Stufengerichten, durch die blos suspensiven Rechtsmittel erlangt werden[33]). Eben so liegt es in der Hand jedes Bundesfürsten, der gedachten Bundesgesetzgebung ungeachtet, die Instanzen sehr zu beschrän-

---

27) Müller a. a. O. S. 74.

28) Linde a. a. O. §. 8, S. 15.

29) Glück a. a. O. S. 236, Note 16.

30) Ueber alles dieß s. Gönner a. a. O. §. 19, 20, 21, 31. Linde a. a. O. §. 78. Emminghaus, zur Würdigung des teutschen Drei-Instanzensystemes, in Reyscher und Wilda, Zeitschrift für teutsches Recht Bd. 5, Hft. 1 (Leipzig 1841), Nr. IV, §. 1, S. 91. Vgl. den Art. Appellation Bd. 1, S. 374 flg.

31) Gönner a. a. O. §. 13. Schick, über das reichsständische Instanzenrecht, deren unerlaubte Vervielfältigung und insbesondre von der sogen. Cabinetsinstanz. Darmstadt (Gießen) 1802.

32) Emminghaus a. a. O. S. 97.

33) Linde a. a. O. §. 9, S. 16 flg.

ken, da ein Bundestagsbeschluß[34]) die Fälle, in denen Berufung stattfinden soll, für zu dem inneren Bereiche der Bundesstaaten gehörig erklärt. Daß eine Veränderung des Richters durch dessen Recusation nicht eine Instanzvermehrung oder Instanzaufhebung ist, versteht sich von selbst[35]). Die sonst sogen. Cabinetsinstanz, d. h. die Berufung an den Landesherrn und dessen endliche Entscheidung in einer Sache, und jeder Einfluß desselben auf Ausübung der Justiz im Einzelnen, cessiren nach den jetzigen Grundsätzen ganz[36]), wie denn der Nebenzweck der Obergerichte, Aufsicht auf die ihnen untergebenen Gerichte, behufs der Prozeßpolizei und Verhütung der Cabinetsjustiz, nicht zu übersehen ist[37]). Und so kann, mit der Praxis übereinstimmend, nur behauptet werden, daß Landesherren und Unterthanen die keinem abändernden Herkommen und keiner Verjährung unterworfenen Recht und Verbindlichkeit auf mindestens zwei Instanzen in jedem Lande haben[38]).

Ob aber zwei oder drei Instanzen in Civilsachen vorzuziehen seien, darüber ist vielfach gestritten worden[39]) und zwar besteht das Erstere vorzüglich in Frankreich nach dem Grundsatze qu'il n'y ait que deux degrés de iurisdiction[40]), das Letztere in den mehresten Territorien Teutschlands in der Maße, daß zwischen der höchsten Instanz und den Untergerichten noch mittlere Instanzen unter den Namen Regierung, Justizcanzlei, Hof- oder Obergericht, Appellationsgericht, Landesjustizcollegium u. s. w. vorhanden, welche erstgedachter Behörde untergeordnet, rücksichtlich der Letzteren aber Obergerichte sind[41]). Für das Zweiinstanzenprincip hat man sich vorzüglich nächst dem oben (s. den Art. Gericht Bd. 4, S. 547) Angeführten darauf berufen[42]), daß im älteren teutschen Rechte immer nur von Einer Berufung die Rede sei, daß aus der Vorschrift für das Cammergericht, es solle keine Sache in erster Instanz vor dasselbe gezogen werden, nicht auf drei Instanzen geschlossen werden könne; daß der für drei Instanzen angeführte Grund, sie gäben eine Beruhigung für die Parteien und seien ein Mittel, mögliche Irrthümer zu vermeiden, zur Instanzvervielfältigung in das Unend-

---

34) Beschluß v. 14. März 1822, in den Bundesprotocollen Bd. 15, S. 215. Emminghaus a. a. O. S. 91, Note 6. Linde a. a. O. §. 8, S. 15.

35) Gönner a. a. O. Bd. 1, Nr. XII, §. 4. Glück a. a. O. §. 508, S. 230 flg.

36) Schick a. a. O. Gönner a. a. O. Bd. 1, Nr. I, §. 3; Bd. 3, Nr. LV, §. 35, 39.

37) Gensler-Morstadt a. a. O. S. 63.

38) Gönner a. a. O. Bd. 3, Nr. LV, §. 26, 27, 28.

39) Das Recht der dritten Instanz gegen zwei gleichlautende Urtheile. München 1828.

40) Emminghaus a. a. O. S. 92.

41) Martin a. a. O.

42) Siegen, über drei Instanzen, in dessen juristischen Abhandlungen (Göttingen 1834), Abh. X, S. 168. Mittermaier, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 11, Nr. XII, S. 287 flg., und im gemeinen, teutschen, bürgerlichen Prozesse, 3. Beitrag (1. Aufl.), S. 14 flg.

liche führen, daß es namentlich ungerecht gegen die Partei sein werde, welche zwei Urtheile für sich habe, wenn sie dem dritten abändernden sich unterwerfen solle, und daß man, wolle man dieß nicht, consequent zu fünf Instanzen komme, daß auch der Bundestag selbst das Recht der drei Instanzen nicht von dem Recht auf drei conforme Erkenntnisse verstanden habe. Diese letzten zwei Gründe haben die Verfechter der gegentheiligen Ansicht[43]) nicht in Abrede stellen können (s. oben S. 502); wenn indeß eben aus dem vorletzten das Princip der tres conformes sich entwickelte, so dürfte doch wohl, abgesehen von dem, was oben (S. 500 u. 501) über die altteutsche und frühere Reichsgesetzgebung gesagt wurde, nicht zu vergessen sein, daß jeder Entscheidung in anderer Instanz eine nochmalige Erwägung, wo möglich Aufklärung der vorhandenen Verhältnisse vorausgeht, daß mehrmalige Erwägung jede verwickelte Sache klarer macht, daß darum die wiederholten Erwägungen zu Gunsten der Consequenz nicht bis in das Unendliche zu gehen brauchen, wenn früher Gründe vorhanden sind, die eine fernere Wiederholung unnöthig machen. Hat sich nun einmal das Instanzenverhältniß so in Teutschland gebildet, daß, je höher die Instanz ist, desto größere Qualificationen dafür gefordert werden, daß daher im Allgemeinen auf der höchsten Instanz das größte Vertrauen ruht; scheint es wenigstens nach unserem ganzen Geschäftsgange unerläßlich, daß, wenn zwei verschiedene Erkenntnisse vorhanden sind, eine dritte, präsumtiv in der Intelligenz höher als die beiden unteren Instanzen stehende zwischen jenen beiden entscheide; so scheint wenigstens die Einrichtung am consequentesten, welche, wenn die dritte Entscheidung den beiden ersten conformen entgegen ist, noch so lange Rechtsmittel zuläßt, bis eine Stimmenpluralität vorhanden ist. Daß wenigstens mit zwei Instanzen nicht auszukommen sei, beweist die Einführung eines Cassationshofes in Frankreich, dessen, ob er gleich nicht eine Instanz ist, Ausspruch doch nur das gut machen soll, was in jenen beiden Instanzen versehen, dessen Wirksamkeit rein vom Zufall abhängig und dessen, als eines zu unseren übrigen Einrichtungen gar nicht passenden Institutes, Einführung in keine Weise in Teutschland zu wünschen ist.

Jeden Falles ist ein geordnetes Instanzenverhältniß die Bedingung der Appellation, die nicht per saltum geschehen (s. den Art. Appellation Bd. 1, S. 351, 352, 372, 373) und insonderheit nicht auf die Selbstständigkeit der ersten Instanz störend einwirken darf[44]). Darum hat von jeher in Teutschland der Grundsatz bestanden, daß, im Falle der Bestätigung des früheren Erkenntnisses, die Sache zur vorigen Instanz remittirt werden muß, welche Einrichtung jedoch im Falle ganzer oder theilweiser Reformation in der Regel nicht statt-

43) Dresch, Betrachtungen über die Hauptstaaten des europäischen Staatensystemes, 1. Betr.: der teutsche Bund (Tübingen 1817), S. 51 flg. Emminghaus a. a. O. S. 90 flg. u. a. m.

44) Wolkmar, die Selbstständigkeit der unteren Instanzen, gefährdet durch das geheime Obertribunal. Berlin 1843.

findet[45]). Darum fängt jede Verhandlung von der ersten Instanz an und geht stufenweise zu den übrigen aufwärts (beneficium primae instantiae), und dem Oberrichter, der eine Sache, die weder wegen ihres Zusammenhanges mit einer vor ihm anhängigen Angelegenheit, noch wegen eines hier eintretenden besonderen Gerichtsstandes[46]) vor ihn gehört, dennoch vor sich zieht, steht die exceptio primae instantiae entgegen[47]).

In Criminalsachen[48]) kannte man in den frühern Zeiten Teutschlands Devolutivrechtsmittel nicht, Appellation an die Reichsgerichte war sogar verboten, es wurde, zu Erreichung gleichen Zweckes, nur weitere Vertheidigung zugelassen (vgl. den Art. Appellation Bd. 1, S. 408 flg.). Die, in Folge gemeinrechtlicher Principien, späterhin angenommene mildere Ansicht, daß Appellation in keiner Strafsache gegen Zwischen- und Endurtheile ausgeschlossen sei (s. ebendas. S. 415), hat die einzige Abweichung von der Appellation in Civilsachen, daß in der Regel in Strafsachen nur zwei Instanzen verstattet sind. Dieß aber ist — die oben (S. 503) für nur zwei Gerichte angegebenen Gründe ungerechnet — eine natürliche Folge der Umgestaltung der Criminalgerichte, wonach die früheren ungelehrten Urtheilsfinder zu bloßen Urkundszeugen herabsanken und auch das erste Erkenntniß in den vor dem Gerichte erster Instanz anhängigen Criminalsachen von rechtsgelehrten Richtern eingeholt werden mußte, welches, je mehr die Actenversendung ungewöhnlich, bis sie ganz verboten wurde, in der Regel die Mittelgerichte waren und sind, über denen also blos noch die, hier die zweite Instanz bildenden höchsten Gerichte standen und stehen[49]).

Im Allgemeinen ist vorzüglich Gegenstand gelehrter Streitigkeiten die Lehre von der Instanzentbindung, Entbindung oder Absolution von der Instanz (absolutio ab instantia)[50]), geworden, jedoch nicht sowohl im Civilprozesse. Da versteht man darunter das Zwischenerkenntniß, wodurch der Beklagte, wenn der Kläger in dem zu der Verhandlung über die Klage angesetzten Termine ausbleibt, von

45) Walbeck a. a. O. S. 304. Mohl a. a. O. S. 350. Linde, Beitrag zur Lehre über die Remission des Prozesses an die vorige Instanz, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 15, Nr. VIII, S. 174.

46) Von der Nahmer, Sammlung der merkwürdigeren Entscheidungen des herzoglich nassauischen Oberappellationsgerichtes zu Wiesbaden Bd. 2, Nr. 14, 4, S. 155: Ob nach den Bestimmungen der teutschen Bundesacte und nach gemeinen Rechten ein Schriftsässiger, welcher vermöge seines Privilegiums der Schriftsässigkeit bei einem zweiten Instanzgerichte in erster Instanz belangt wurde, und sich hier auf die Klage einläßt, berechtigt sei, nach Entscheidung der Sache durch das dem zweiten Instanzgerichte unmittelbar übergeordnete Oberappellationsgericht eine zweite Instanz zu verlangen?

47) Pelze a. a. O. §. 64. Gönner a. a. O. Bd. 3, Nr. LX, §. 35. Glück a. a. O. S. 236. Biener l. c. Martin a. a. O. §. 55.

48) Ueber Instanzen in Criminalsachen, in Hurlebusch, Beiträge zur Civil- und Criminalgesetzgebung (Helmstädt 1817), S. 164.

49) Müller a. a. O. §. 44, besonders auch Note 11.

50) Harprecht, de absolutione ab instantia in civ. et crim. Tub. 1747.

den Folgen der Citation freigesprochen und ihm die Befugniß zuerkannt wird, sich nicht eher auf die Klage einzulassen, bis der Kläger ihm die durch seine Versäumniß entstandenen Kosten ersetzt und (wo dieß nicht abgeschafft) cautio de lite prosequenda (s. den Art. Caution Bd. 2, S. 616 und 620) bestellt hat[51]). Allein im Criminalrechte[52]) versteht man darunter nicht ein Zwischenerkenntniß im eigentlichen Sinne (s. den Art. Appellation Bd. 1, S. 421 flg.), sondern die richterliche Handlung, wodurch der Verdächtige, wegen der gegen Ertheilung eines Endurtheils vorwaltenden Bedenken, von der Untersuchung bis zur Erlangung neuerer Beweismittel entbunden wird. Sie ist eine Erfindung der italiänischen Praktiker[53]), ist aber in die teutsche Praxis so übergegangen, daß sie ein gewohnheitsrechtlich existirendes Institut geworden ist[54]). Diejenigen, welche sich für dieses neuerlich sehr heftig angefochtene Institut[55]) erklärt haben[56]), heben vorzüglich den Vortheil heraus, den Verdächtigen nicht nothwendig im Kerker halten zu müssen, ohne daß der Verdacht niedergeschlagen sei, während andererseits der in Frankreich, wo man dieses Institut nicht hat, so häufige Skandal vermieden wird, daß sich freche Verbrecher öffentlich der größten Schandthaten rühmen, von deren Anschuldigung sie aus Mangel an Beweis freigesprochen worden sind, ohne je wieder in Untersuchung genommen werden zu können. Man findet ferner diese Maßregel, welche von Seiten der Gegner großentheils aus Fürsorge für das Interesse des schutzbedürftigen Angeschuldigten angefochten wird, für diesen weit vortheilhafter, als das Strafen auf bloßen Verdacht, da er seine Unschuld noch ausführen kann und dieses Erkenntniß keineswegs, wie die Gegner meinen, eine Verewigung des Anschuldigungsstandes, vielmehr eine Beendigung des-

51) Böhmer, ius eccles. protest. Tom. I. Lib. II. Tit. XIV. §. 4. Knorr, Anleitung zum gerichtlichen Prozeß Buch 1, Hauptst. 3, §. 2. Danz, Grundsätze des ordentlichen Prozesses, von Gönner, §. 472. Biener l. c. T. I. §. 92.

52) Klien, de auctoritate sententiae criminalis absolutoriae. Lipsiae 1827.

53) Zachariä, über Lossprechung von der Instanz, in der neuen Folge des Archivs des Criminalrechtes Jahrg. 1839, St. 3, S. 371 flg. Henke, Handb. des Criminalrechtes und der Criminalpolitik Bd. 4, §. 114, S. 738.

54) Habicht, rechtliche Erörterungen und Entscheidungen gemeinrechtlicher Controversen Bd. 1 (Zerbst 1843), Nr. XX, S. 487.

55) Siegen, über die Absolution von der Instanz in Criminalsachen, in dessen angezogenen Abhandlungen Nr. IV, S. 116 flg. Mittermaier, die Lehre vom Beweise im teutschen Strafprozesse (Darmstadt 1834), Abth. IX. Scholz, über die Entbindung von der Instanz bei Untersuchungssachen, im Archive des Criminalrechtes, neue Folge, Jahrg. 1834, St. 3, S. 396. Zachariä a. a. O. Scholz III., merkwürdige Strafrechtsfälle Bd. 1, 1. Hälfte, Nr. VIII, S. 235 flg. Braunschweig 1840.

56) Kleinschrod, Abhandlungen aus dem peinlichen Rechte Th. 1, Abh. 4: Ueber die Lossprechung von der Instanz im peinlichen Prozesse. Oppermann, de quaestione, an et quatenus absolutio ab instantia in causis criminalibus locum habeat. Göttingae 1836. Henke a. a. O. Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprozesse Bd. 2 (Göttingen 1842), Nr. V, S. 297 flg. Habicht a. a. O.

selben ist, ohne daß man freilich die Nachtheile hindern kann, die der Verdacht ohne Anschuldigungsstand mit sich führt. Dazu ist aber auch der Staat nicht berufen, und es ist gerade ein Vorzug dieser Erkenntnisse, daß sie dem wirklichen Ergebnisse der Untersuchung entsprechen, mithin der Wahrheit und dem Rechte angemessen sind, während bei einer unbedingten Lossprechung der Angeschuldigte die That sehr wohl gethan haben kann, man ihn nur nicht hat überweisen können. Man setzt aber bei einem solchen Erkenntnisse voraus, es müsse zur Wahrscheinlichkeit gebracht sein, daß der Inculpat das Verbrechen begangen habe; es müsse für jetzt die Möglichkeit nicht vorhanden sein, den vollen Beweis der Schuld oder Unschuld auf irgend eine rechtlich zulässige Weise sofort herzustellen; es müsse die gänzliche Unmöglichkeit nicht klar vorliegen, daß je in der Sache eine volle Ergänzung des Beweises erfolgen könne [57]). Dann hat ein solches Erkenntniß die Folge, daß zwar bei Erlangung neuer Schuldbeweise die Untersuchung ohne Weiteres fortgesetzt, bis dahin aber der Inculpat seiner Haft entlassen, auch nur eine solche polizeiliche Aufsicht angeordnet werden kann, wie solche der allgemeine Verdacht ohne den Anschuldigungsstand begründet. Kostengeltung, Entsetzung ab officio et beneficio können in Folge dieses Erkenntnisses nicht eintreten, wenn nicht in der Untersuchung andere Umstände hervorgetreten sind, welche zu Jenen berechtigen. Particulargesetzliche Bestimmungen weichen zwar oft von den angegebenen Grundsätzen zum Nachtheile der Inculpaten [58]) sehr ab; dieß kann jedoch dem Institute eben so wenig zur Last gelegt werden, als die Mißbräuche, welche hier und da damit verbunden worden sind und welche die Gegner als Nachtheile des Institutes aufstellen. Buddeus.

Intercession. Bürgschaft. Intercession ist kein einzelnes bestimmtes Rechtsgeschäft, sondern die generische Bezeichnung einer Reihe von einander ganz verschiedener Geschäfte, welchen nur ein bestimmter Erfolg, der des Uebernehmens einer Verbindlichkeit, welche eigentlich einem Anderen obliegt oder obliegen würde, gemeinsam ist. Eben deßhalb, weil es nur auf diesen, verschiedenen Geschäften möglicher Weise gemeinsamen Erfolg ankommt, und die Art, auf welche derselbe erreicht wird, auf den Begriff einer Intercession keinen Einfluß äußert, läßt sich dieser Begriff leichter beschreiben als definiren, so wie denn auch in der That das römische Recht nirgends eine Definition enthält, sondern nur — insonderheit bei Gelegenheit des SC. Velleiani — eine Reihe von einzelnen Fällen anführt und entscheidet, ob man in ihnen eine Intercession erblicken dürfe oder nicht. Ungeachtet dieser Verschiedenartigkeit der Formen, kann man aber nicht daran zweifeln, daß die Intercession, welche mit den Ausdrücken pro aliis reum fieri, alienam obligationem

---

57) Habicht a. a. O. Nr. III, 2, S. 206 flg.

58) Sehr weise sind dagegen die bayer'schen particularrechtlichen Bestimmungen. Kleinschrod, im neuen Archive des Criminalrechtes Bd. 5, St. 1, Nr. I, S. 1 flg.

suscipere und intercedere bezeichnet wird, als ein selbstständiger Rechts-begriff existire, obgleich man keinen Grund hat, die verschiedenen Formen, in welchen der Zweck des Intercedirens erreicht werden kann, deßhalb aus ihrem anderweiten Zusammenhange herauszureißen und im Systeme zusammenzustellen. Kommt es nur auf eine Definition der Intercession an, welche jenes Gemeinsame bezeichnen und durch ihre Fassung keine Form des Intercedirens ausschließen soll, so läßt sich die von Sintenis versuchte: Intercession ist eine Handlung, wodurch Jemand eine Verbindlichkeit irgend einer Art für einen Anderen ohne eigenes Interesse und Verpflichtung dazu in der Art mit Wissen des Gläubigers übernimmt, daß nun entweder nur die neue Obligation, oder nach Umständen diese als eine zweite neben der des Anderen über denselben Gegenstand besteht[1]), für völlig angemessen halten.

Die Intercession kann übrigens entweder so geschehen, daß der eigentliche Schuldner völlig befreiet, oder die Verbindlichkeit überhaupt von ihm abgewendet wird (intercessio privativa), oder so, daß die Verbindlichkeit des Intercedenten nur als ein Accessorium zu der Verbindlichkeit des Hauptschuldners hinzutritt (intercessio cumulativa). Hiernach sondern sich die verschiedenen Formen der Intercessionen folgendermaßen ab:

1) Die privative Intercession geschieht entweder

a) so, daß der Intercedent allein und ausschließlich eine schon bestehende fremde Verbindlichkeit übernimmt. Dieses ist möglich durch Expromission. Expromission ist im Gegensatze gegen Adpromission *eine* Stipulation, welche die frühere Verbindlichkeit, in Beziehung *auf welche* sie eingegangen wird, vernichtet. Sie geschieht sowohl *unter denselben* Parteien, als auch durch Eintritt eines neuen Schuldners, Expromissors, welcher den früheren Schuldner befreiet und dessen Verbindlichkeit durch Stipulation[2]) oder Litiscontestation[3]) allein übernimmt. Uebrigens kann die Expromission mit der Obligation, auf welche sie sich bezieht, nicht füglich durch einen, beide Schuldner gleichmäßig berührenden Verpflichtungsact zusammen begründet werden. Regelmäßig wird sie nur stattfinden, wenn die zu novirende Obligation schon existirt; denkbar sind indeß auch Fälle, in welchen sie mit dieser Obligation gleichzeitig oder früher existirt, z. B. wenn Titius sich mittelst Stipulation zur Rückgabe des Geldes, welches dem Sempronius eben vorgeliehen wird, verpflichtet[4]), oder sich mit Consens des Herleihers die Rückgabe des von diesem Weggeliehenen von dem Empfänger stipulirt[5]). Es leuchtet nun aber ein, daß nicht eine jede Expromission eine Intercession enthält, sondern daß es immer noch auf den Grund, aus welchem die Expro-

1) In Linde, Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 10, S. 49.

2) L. 7. §. 8. D. de dolo malo. L. 13. pr. D. ad SC. Vellei. L. 45. §. 4. D. mandati.

3) L. 110. §. 1. D. de reg. iuris.

4) L. 8. §. 14. L. 29. pr. D. ad SC. Vellei. L. 13. C. si certum petatur.

5) L. 34. pr. D. de donationibus.

mission geschah, mit ankommt. Ist es die Absicht, daß sogleich durch das Expromittiren ein gleiches Creditum des Expromittirenden an den Schuldner — nicht bloß der Regreß — begründet werden soll[6], oder tilgt endlich der Expromittent durch das Geschäft eine eigene Schuld an den Schuldner[7], so wird der Begriff einer Intercession nicht angewandt. Die Absicht zu schenken, die mit der Expromission verbunden sein kann, schließt indeß das Vorhandensein einer Intercession, wenigstens insofern es auf das Verbot der Intercessionen von Frauenzimmern ankommt, nicht aus, indem der Grund des Gesetzes, facilius mulier se obligat quam alicui donat eine Unterscheidung des Promittirens von dem wirklichen Zahlen nöthig macht[8]. Obgleich übrigens die Expromission ein novirendes und den Hauptschuldner befreiendes Geschäft ist, so ist es doch erklärlich, daß sie in L. 30. §. 1. D. de pactis (cfr. L. 8. D. quod cum eo) als der Bürgschaft ähnlich behandelt wird[9].

Die Delegation kann man nicht als eine Form der Intercession aufführen, da sie nur in dem dem Expromittiren vorangehenden Auftrage bestehet, die Intercession aber eben nur durch die Expromission geschieht, gleichviel, ob ihr eine Delegation vorangegangen ist oder nicht. Wenn der Delegant seinen Schuldner zur Tilgung einer fremden Schuld delegirt, so ist an eine Intercession nicht zu denken, weil die Delegation der Zahlung gleich steht[10]; war aber der Delegat nicht Schuldner des Deleganten, so wird wenigstens in Rücksicht auf das SC. Velleianum der Fall als eine Intercession behandelt, um die auf diese Weise mögliche Umgehung des Gesetzes zu verhüten[11]. Auch kann das Verhältniß in diesem Falle als eine Intercession in Bezug auf den Delegaten angesehen werden[12].

b) Die privative Intercession kann aber auch auf die Weise vorkommen, daß der Intercedent für einen Anderen in eine entstehende Obligation so eintritt, daß diese gleich von Anfang an nicht den Anderen, sondern den Intercedenten trifft. Hierher gehört

α) der in L. 8. §. 14. D. ad SC. Velleianum erwähnte Fall (Rechtslexicon Bd. 3, S. 792).

β) Ferner gehört hierher der Fall der defensio im Prozesse, indem die obligatio iudicati hier, anstatt gegen den eigentlichen Schuldner, gegen den Defensor entsteht. Nach römischem Rechte konnten für den Beklagten nicht nur ein cognitor, oder ein wahrer procurator, sondern auch ein nicht ermächtigter Vertreter erscheinen. Mit einem Vertreter brauchte sich der Kläger überhaupt ohne cautio iudicatum solvi nicht

---

6) L. 19. §. 3. D. de instit. act. L. 5. C. de novat.
7) L. 22. D. ad SC. Vellei.
8) v. Meyerfeldt, von den Schenkungen Bd. 1, S. 283.
9) Cuiacius, observat. lib. 3. cap. 35. L. 10. pr. §. 1. D. de in rem verso.
10) L. 8. §. 2. 5. D. ad SC. Vellei.
11) L. 8. §. 6. D. eod. tit.
12) L. 8. §. 4. D. eod. tit.

einzulassen, eine cautio de rato ward dagegen regelmäßig[13]) nicht verlangt. Durch die litis contestatio mit dem procurator oder defensor ward aber schlechthin zum Vortheil des eigentlichen Beklagten dessen Sache in iudicium deducirt und consumirt[14]), und die actio iudicati ging alsdann gegen den defensor[15]), so daß gesagt werden kann, defensor subeundo condemnationem intercedit[16]).

γ) Endlich gehört der Fall eines Compromisses auf schiedsrichterliches Ermessen in Angelegenheiten eines Dritten hierher[17]).

2) Die cumulative Intercession läßt sich auf die Weise denken, daß

a) der Intercedent selbstständig und principal einer anderen Obligation als correus debendi beitritt, also eine adpromissio im Gegensatze gegen die sub 1) a) bezeichnete expromissio leistet. Hierüber ist indeß zu bemerken, daß schlechthin in dem Eingehen einer Correalverbindlichkeit noch keine Intercession des einen Mitverpflichteten in Beziehung auf den Antheil des anderen liegt[18]). Ferner wird im römischen Rechte der Fall, daß man einer schon bestehenden Obligation, wo die Absicht ursprünglich nicht auf eine Correalobligation gerichtet gewesen, als principaliter mitverbundener correus beitreten könne, gar nicht erwähnt[19]). Dieser Umstand ist vielleicht aus den Eigenthümlichkeiten der gebrauchten Stipulationsform zu erklären. Die für beide Schuldner gleich principale Correalobligation ward nämlich wahrscheinlich nur durch eine mit beiden zu gleicher Zeit vorgenommene Stipulation begründet[20]); eine bloß accessorische Verbindlichkeit des Mitschuldners entstand dagegen nur durch eine von der Hauptobligation getrennte Stipulation, die derselben vorangehen oder nachfolgen konnte[21]). Wer also einer schon bestehenden Obligation beitreten wollte, konnte dieses nur als expromissor oder als accessorisch verpflichteter correus, und ein Beitritt als principaliter mitverpflichteter correus war nur so möglich, daß derselbe gleich beim Contrahiren der Obligation, für welche damit intercedirt werden sollte, geschah[22]).

b) Die cumulative Intercession kann so erfolgen, daß der Intercedent bloß accessorisch mit verpflichtet wird. Dieses geschieht a) durch Bürgschaft, b) durch das constitutum debiti alieni, c) durch das mandatum qualificatum, d) durch Verpfändung einer eigenen Sache für

---

13) Donellus, comment. 18. 13. §. 40. 41.
14) L. 23. D. de solut. L. 11. §. 7. D. de except. rei iud.
15) L. 61. D. de procurat. L. 4. pr. D. de re iudicata.
16) L. 2. §. 5. L. 3. D. ad SC. Velleianum. Ueber das ganze Verhältniß Donellus, comment. 18. 18. §. 5. 6. Bethmann-Holweg, Versuche S. 212.
17) L. 32. §. 2. D. de receptis.
18) L. 17. §. 2. D. ad SC. Vellei. L. 10. §. 10. D. de in rem verso. Anton Faber, coni. XI. cap. 1.
19) Ribbentrop, zur Lehre von den Correalobligationen S. 114, Note 16.
20) Pr. J. de duob. reis. L. 4. 6. §. 3. 12. pr. D. de duob. reis, und Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen §. 17.
21) §. 3. J. de fideiussor. L. 6. §. 2. D. de fideiuss.
22) L. 4. C. de duob. reis. L. 13. §. 2. D. ad SC. Vellei.

eine fremde Schuld. Von der Bürgschaft ist in diesem Artikel noch specieller zu handeln; wegen der übrigen Geschäfte muß auf die besonderen Artikel, in welchen dieselben näher erörtert sind, verwiesen werden.

Nach diesen Bemerkungen lassen sich verschiedene Fälle aussondern, in welchen das römische Recht darauf aufmerksam macht, daß keine Intercession darin enthalten sei. Hierher gehört

1) der Fall, daß Jemand die Schuld eines Anderen durch Zahlung, Delegation u. s. w. tilgt, ohne durch eine vorher übernommene Verbindlichkeit dazu verpflichtet zu sein [23]), wogegen, wenn man sich, um zu zahlen, erst einem Dritten verbindlich machen muß, allerdings eine Intercession vorliegt [24]).

2) Der Begriff einer Intercession fällt weg, sobald der Eintretende im Grunde nur zu seinem eigenen Besten handelt, eine eigene Schuld tilgt, ein eigenes Geschäft führt, überhaupt also, sobald die Sache nur prima facie eine fremde zu sein scheint, eigentlich aber dennoch eine eigene ist. Hierher gehört die Vertretung im Prozesse, wenn der Vertretende dem eigentlichen Beklagten im Falle der Verurtheilung regreßpflichtig ist [25]), wenn man seinem Gläubiger eine andere Person verpflichtet und für diese gut sagt [26]), wenn man von dem eigentlichen Schuldner bereits durch Ueberweisung des Betrages der Schuld gesichert ist [27]), wenn man von dem Schuldner eines Anderen die Schuld unter Leistung einer cautio de rato eincassirt und nun aus dieser Caution verantwortlich wird [28]), wenn man sich dem Gläubiger seines Gläubigers delegiren läßt und diesem letzteren promittirt [29]).

3) Auch die promissio indemnitatis, oder ein zum Schadensersatze verpflichtendes Mandat begründen keine Intercession, da hier keine fremde Verbindlichkeit vorliegt [30]), und es keine intercessio apud eundem pro eo ipso gibt.

4) Endlich darf auch ein Verzicht auf Rechte oder eine Schenkung nicht als Intercession angesehen werden, wenn auch durch diese Formen ganz derselbe Zweck der Parteien, der sich durch eine Intercession erreichen ließe, erreicht werden sollte [31]).

Alle Arten der Intercessionen sind übrigens nach dem SC. Velleianum ungiltig, sobald sie von Frauenzimmern übernommen werden. Die in dieser Hinsicht zu bemerkenden einzelnen Bestimmungen sind indeß schon früher, Bd. 3, S. 789—798, erörtert.

Nach diesen einleitenden Bemerkungen über Intercessionen überhaupt

---

23) L. 5. pr. D. ad SC. Vellei. L. 1. 4. 9. C. eod. tit.
24) L. 28. §. 1. D. eod. tit.
25) L. 3. pr. D. eod. tit.
26) L. 13. pr. 27. §. 2. D. eod. tit.
27) L. 16. pr. L. 22. D. eod. tit.
28) L. 15. D. eod. tit.
29) L. 24. pr. D. eod. tit.
30) L. 8. §. 1. L. 19. pr. D. eod. tit.
31) L. 4. §. 1. L. 8. pr. D. eod. tit. L. 11. 21. C. eod.

ist hier speciell von der gebräuchlichsten Art derselben, der Bürgschaft, fideiussio, zu handeln.

1) Begriff der Bürgschaft. Die Bürgschaft beruht im römischen Rechte auf dem Beitreten zu einer fremden Obligation, welches durch eine den Inhalt dieser Obligation bezeichnende Stipulation geschah. Die Stipulation als ein blos formelles, keinen eigenen Inhalt habendes Versprechen dient hier dazu, eine schon bestehende Obligation gleichsam zu vervielfältigen und ihren Inhalt gleichsam auf mehrere Subjecte zu vertheilen, so daß man die Bürgschaft in neuerer Zeit als eine Art der Correalverbindlichkeit im Gegensatze gegen bloße Solidarpflichten aufzufassen angefangen hat. Obgleich im heutigen Rechte an die Stelle der Stipulation das einfache Versprechen tritt, so ist es doch nöthig, auf das römische Recht und dessen Lehren über die Stipulation zurückzugehen, um das Wesen der Bürgschaft in das rechte Licht zu setzen. Die in Bezug auf eine fremde Verbindlichkeit eingegangene Stipulation kann dieselbe entweder noviren oder ihr nur als Stütze beitreten. Im ersteren Falle heißt sie expromissio, im zweiten adpromissio. Die Römer unterscheiden, wie schon Cujaz (ad L. 5. D. de V. O.) bemerkt, diese Bezeichnungen genau, und das ex in expromissio ist also für mehr als eine bloße Verstärkung, wie etwa in exhortari, zu halten. Die expromissio und adpromissio unterscheiden sich gewiß schon nach ihrer äußeren Fassung, indem jene auf id quod Titius debet, diese auf idem quod Titius debet, durch welche letztere Form der Eintritt einer Novation ausgeschlossen gewesen sein muß, gerichtet war[32]). Jene kann also, wie oben bemerkt ist, mit der Hauptobligation nicht in einem sie beide gleichmäßig begründenden Verpflichtungsacte zusammentreffen. Die Adpromission begründet entweder eine für beide Schuldner gleich principale, oder eine eigentliche Correalobligation, oder nur eine accessorische subsidiäre Haftungspflicht des Adpromittenten. Im ersten Falle wird sie mit der Hauptobligation zusammen, im zweiten Falle durch eine derselben vorhergehende oder nachfolgende Stipulation contrahirt, so daß sich schon aus der Form erkennen läßt, welche Obligation das principale und welche eine bloße sequela der anderen sei[33]). Dieser blos accessorischen Adpromissionen gab es im römischen Rechte drei. Man adpromittirte nämlich mit den Formeln: idem dari spondes? oder idem fide promittis? oder idem fide tua esse iubes? idem dabis? oder einer beliebigen anderen. Im ersteren Falle war das Geschäft eine sponsio, im zweiten eine fidepromissio, im dritten eine fideiussio. Bei Cicero kommen nur die beiden ersten, bei Cajus alle drei[34]), und im Justinianischen Rechte kommt nur die letzte dieser drei Verbürgungsarten vor. Der

32) Cai. 3. §. 176. 3. §. 116. Pr. J. de duob. reis. L. 3. pr. D. de duob. reis.

33) L. 13. D. de duob. reis. L. 5. D. de fideiuss. L. 93. §. 2. D. de solut.

34) Caius III. §. 115—125. Die Formeln der fideiussio sind gesammelt bei Brisson, de formulis VI. cap. 187 sq.

Unterschied dieser drei Formen bestand darin, daß die ersten beiden insofern strenger waren, als sie sich schlechthin als Versprechungen desselben, was der Hauptschuldner schuldig war, ankündigten, während die fideiussio nur als ein Versprechen, für diesen Schuldner zu haften und zu zahlen, was von diesem nicht zu erlangen sein würde, gefaßt war, indem statt der — diesem Sinne entsprechenden — oben angegebenen Formel, später die Formel: quanto minus a debitore meo consecutus fuero dare spondes? gebräuchlich ward [35]). Der sponsor und fidepromissor konnten daher nur einer verborum obligatio beitreten, und ihre Verpflichtung war im Grunde weniger ein bloßes Anhängsel einer fremden, als vielmehr eine selbstständige, deren Object blos durch die Beziehung auf eine andere bezeichnet war, und deßhalb auch keineswegs wie die Bürgschaft die Giltigkeit dieser anderen Verbindlichkeit voraussetzte [36]). Dann ging die Pflicht aus der sponsio und fidepromissio nicht auf die Erben über, wohl aber die Verbindlichkeit des fideiussor [37]). Alle drei Formen waren ferner nach einer lex Cornelia unter denselben Personen in demselben Jahre nur bis zum Betrage von 20,000 Sesterzien giltig, ausgenommen bei Intercessionen für die dos, die Erbschaftssteuer, Forderungen aus Testamenten und gerichtlichen und gesetzlichen Cautionen [38]). Der sponsor hat in der actio depensi eine eigene Regreßklage (Rechtslexicon Bd. 1, S. 72). Nach der Lex Apuleia fand unter Sponsoren und Fidepromissoren eine Art von Societät statt, denn jeder hatte, wenn er mehr als seine Rate bezahlte, gegen die übrigen eine Klage auf Entschädigung [39]), was sich indeß nur auf solche, die sich zusammen als wahre correi verpflichtet hatten, bezogen haben wird. Diese Lex Apuleia verlor wenigstens in Italien ihre Bedeutung, als die Lex Furia geradezu eine Theilung ipso iure der Obligation unter mehreren Sponsoren verordnete [40]), und zwar in soviel Theile, als sich zur Zeit der Fälligkeit der Forderung Zahlungsfähige unter ihnen befanden. Das über diesen Virilltheil Gezahlte konnte durch die legis actio per manus iniectionem zurückgefordert werden. Mehreren Fidejussoren ward endlich durch die epistola D. Hadriani das beneficium divisionis eingeräumt (Rechtslexicon Bd. 1, S. 892), welches am Ende nicht nur mehreren Mandataren [41]), sondern auch mehreren Tutoren exemplo fideiussorum [42]) eingeräumt wurde, so daß es wider alle theoretische Consequenz auf bloße Solidarpflichten ausgedehnt ist.

Was nun insonderheit die Bürgschaft anlangt, so wird sie heut zu Tage durch einen einfachen Vertrag, zufolge dessen der Bürge sich für

---

35) L. 42. pr. D. de reb. cred. L. 116. D. de V. O. L. 21. D. de solut.
36) Caius III. §. 119.
37) Caius III. §. 120.
38) Caius l. c. §. 124.
39) Caius l. c. §. 122.
40) Caius l. c. §. 121.
41) L. ult. Cod. de constit. pec.
42) L. 38. pr. §. 1. D. de adm. et peric. tut. L. 1. §. 11. D. de tut. et rat. distr.

die Schuld des Hauptschuldners verpflichtet (das Versprechen, daß der Hauptschuldner zahlen werde, wäre als promissio facti alieni ungiltig [43]), eingegangen [44]). Diese Verpflichtung wird dem Gläubiger, oder diesem und einem solutionis causa adiectus gegenüber eingegangen [45]), ohne daß (L. 30. h. t.) die Mitwirkung oder auch nur die Wissenschaft des Schuldners dazu nöthig wäre. Bei den Bürgen eines Vormundes ist die Form noch einfacher: sie haften schon, si praesentes non contradixerant et nomina sua in acta referri passi sunt (L. 4. §. 2. D. de fidei. tutor.). Ein Versprechen an den Schuldner, daß man für ihn zahlen wolle, ist keine Bürgschaft, weil apud eundem pro eodem Niemand intercediren kann [46]). Dann muß der Bürge sich für dieselbe Schuld, welche dem Hauptschuldner obliegt, verbindlich machen. Es darf also das Object der Schuld nicht verändert werden, so daß ein Mehreres, ein Anderes oder ein Lästigeres versprochen würde [47]), wohl aber kann die Bürgschaft giltig auf eine dem Umfange nach geringere Schuld gestellt, oder so eingerichtet werden, daß sie leichter ist, als die Hauptschuld, wenn z. B. noch Bedingungen, Limitationen und Zeitbeschränkungen hinzugefügt werden [48]). Ist die Schuld eine bedingte, und bei der Bürgschaft ist statt der Bedingung der Hauptschuld eine andere hinzugefügt, so kommt es darauf an, welche Bedingung zuerst eintritt. Ist es die der Hauptschuld, so haftet der Bürge, sobald die Bedingung der Bürgschaft ebenfalls existirt. Existirt diese letztere zuerst, so ist der Bürge frei, da er nun pure für eine bedingte Schuld haften soll, und also in duriorem causam acceptus ist [49]). Ist für eine einfache Schuld ein Bürge eingetreten, der dem Gläubiger und alternativ einem Dritten zu haften versprochen hat, so gilt die Bürgschaft, nicht aber, wenn der Fall umgekehrt ist. Eben so kann bei alternativ geschuldeten Objecten der Bürge wohl das eine versprechen, nicht aber statt eines Objectes zwei alternativ [50]). Eben so kann dem Bürgen nicht das Wahlrecht bei alternativen Obligationen genommen [51]), er kann nicht, wenn der Schuldner pure verpflichtet ist, cum adiectione loci verpflichtet werden [52]), und ebensowenig gilt die Bürgschaft, wenn die Schuld bedingt und die Bürgschaft unbedingt ist [53]). Ist die Hauptschuld erst zu einem bestimmten Termine fällig, die Bürgschaft aber von einer Bedingung abhängig gemacht, so gilt die Bürgschaft nicht, wenn diese Bedingung vor dem Eintritte der

---

43) L. 65. D. de fideiussor.

44) Die Bestimmung Justinian's in L. 27. C. de fidei., daß eine nicht auf bestimmte Zeit eingegangene Bürgschaft, wenn sie nicht schriftlich eingegangen sei, nach 2 Monaten erlöschen soll, ist obsolet.

45) L. 16. pr. D. h. t.

46) L. 56. §. 1. D. h. t.

47) L. 8. §. 8. L. 38. 42. D. h. t.

48) §. 5. J. de fideiussor. L. 6. §. 1. L. 34. L. 70. pr. D. h. t.

49) L. 70. §. 1. D. h. t.

50) L. 34. D. h. t.

51) L. 8. §. 9. 10. D. h. t.

52) L. 16. §. 1. D. h. t.

53) L. 16. §. 2. D. h. t.

Fälligkeit der Schuld existirt[54]). In leviorem causam, also giltig, ist der Bürge aber verpflichtet, wenn der Hauptschuldner einen fundus schuldig ist, und er blos für den Nießbrauch sich verbindlich macht[55]). In allen Fällen, in welchen nach dem Bisherigen die Bürgschaft nicht giltig ist, kann sie nach den ausdrücklichen Worten der L. 8. §. 7. D. h. t. auch nicht insoweit als giltig betrachtet werden, daß nur das plus hinwegfalle, und wenigstens soviel von der Bürgschaft, als auf das Maß der Hauptschuld fallen würde, giltig bleibe. Die Ungiltigkeit der Bürgschaft beruht vielmehr nicht blos auf der durior causa, in welche der Bürge versetzt werden würde, und die sich auf ein geringeres Maß reduciren ließe, sondern darauf, daß der Inhalt beider Verbindlichkeiten ein gleichartiger und die Gewißheit vorhanden sein muß, daß dasselbe, was vom Bürgen gefordert wird, auch vom Hauptschuldner müsse gefordert werden können. Es muß indeß dabei hervorgehoben werden, daß der Bürge allerdings insofern in duriore causa sein darf, als er sich für eine naturalis obligatio civiliter verpflichten kann. Dagegen ist es nicht zu leugnen, daß die erwähnten Sätze, nach welchen die Bürgschaft nichtig sein würde, heutzutage insofern eine Modification erleiden können, als sie beim constitutum debiti alieni nicht gelten, und dieses, wenn es auch seinem Begriffe nach von der Bürgschaft getrennt werden muß, und man gewiß zu weit geht, wenn man für das heutige Recht geradezu eine Verschmelzung von constitutum debiti alieni und fideiussio annimmt, doch in der äußeren Form oft gar nicht von der Bürgschaft zu trennen sein wird (vgl. das Nähere Rechtslexicon Bd. 3, S. 46, 47). Die richtigste Ansicht, die sich in dieser Beziehung aufstellen läßt, geht wohl dahin, daß, sofern es auf Sicherheit des Gläubigers abgesehen ist, fideiussio und constitutum debiti alieni als zusammenfallend anzusehen sind, daß indeß, sobald es auf die besonderen, mit dem constitutum zu erreichenden Zwecke ankommt, dieses als ein eigener, noch heute abzusondernder Vertrag betrachtet werden muß. Deßhalb wird freilich regelmäßig das Recht der fideiussio in Anwendung kommen, jedesmal aber da, wo diese wegen der durior causa des Bürgen nach römischem Rechte ungiltig wird, das mildere Recht des constitutum debiti alieni als entscheidend anzusehen sein.

Eine Art der fideiussio ist die fideiussio indemnitatis, welche wohl von der promissio indemnitatis zu trennen ist. Erstere geschieht für die Schuld einer Person und zwar ausdrücklich für das, was von dieser nicht beizutreiben ist[56]), letztere für den möglichen Schaden, der bei einem Geschäfte herauskommen kann, und kann also auch von Frauenzimmern geleistet werden[57]). Nachdem allen Bürgen die exceptio ordinis zusteht, ist freilich der fideiussor indemnitatis, bei welchem sich das

54) L. 16. §. 5. D. h. t.
55) L. 70. §. 2. D. h. t.
56) L. 41. pr. D. h. t.
57) L. 8. §. 1. D. ad SC. Vellei. L. 3. 5. C. h. t. Leyser, spec. 523. med. 9—12.

beneficium ordinis von selbst versteht, da immer erst ausgemacht werden muß, wieviel vom Hauptschuldner beizutreiben ist, weniger ausgezeichnet [58]).

Uebrigens ändert es an dem Wesen der Bürgschaft nichts, wenn dem Bürgen eine Provision oder ein Honorar für seine Mühe versprochen ist [59]), auch kann der Bürge auf giltige Weise durch einen eventuellen Verkauf, wie im Falle der L. 81. §. 1. D. de contr. emt., sicher gestellt werden.

Regelmäßig hängt es endlich von der Uebereinkunft der Parteien ab, ob eine Bürgschaft geleistet werden soll oder nicht. Es gibt indeß einzelne Fälle, in denen die Bestellung einer Caution gerade durch Bürgschaft verlangt werden kann. Hierher gehören die sämmtlichen Fälle der prätorischen Cautionen, welche durch Bürgen zu beschaffen sind [60]), ferner muß der Ehemann, wenn er nach getrennter Ehe die dos nicht sogleich zurückgibt, durch Bürgen Caution stellen [61]), dann soll der Verkäufer imminente evictionis periculo Bürgen stellen [62]), und endlich ist die Caution, welche Vormünder zu leisten haben, nach römischem Rechte eine satisdatio oder Stellung von Bürgen [63]).

2) Was sodann die Person des Bürgen anlangt, so ist zwischen dem fideiussor habilis und dem fideiussor idoneus zu unterscheiden, dem zur Uebernahme der Bürgschaft fähigen, und dem die erwartete Sicherheit gewährenden Bürgen.

Ein fähiger Bürge ist Jeder, der überhaupt Verbindlichkeiten übernehmen kann, also auch der Haussohn, insofern dadurch nicht gegen das SC. Macedonianum verstoßen wird [64]), und der Minderjährige, dem indeß die integri restitutio offen steht. Für unfähig werden nur erklärt: a) Soldaten für Pachtungen [65]) und bei prozessualischen Cautionen, ausgenommen wenn sie in rem suam Bürgen werden [66]). b) Geistliche, deren Verbürgungen das canonische Recht überhaupt mißbilligt, aber nicht verbietet [67]), in öffentlichen Schuldsachen [68]). Auf protestantische Geistliche ist dieses nicht anwendbar [69]).

Die Tüchtigkeit des Bürgen kommt bei der Verpflichtung, durch Bürgschaft Caution zu leisten, in Betracht und muß deßhalb auf Rechtslexicon Bd. 2, S. 605, wo das in dieser Hinsicht Nöthige bereits bemerkt ist, verwiesen werden.

---

58) L. 17. C. h. t.
59) L. 19. §. 1. D. de donat. L. 6. §. 7. D. mandati.
60) L. 7. D. de stipulat. praet.
61) L. 24. §. 2. D. solut. matr. L. 41. D. de iudiciis.
62) L. 18. §. 1. D. de peric. et comm.
63) L. 7. D. de fideiuss. tut.
64) L. 7. pr. D. de SC. Maced. L. 10. §. 2. L. 11. D. h. t. L. 8. C. h. t.
65) L. 31. C. de locato.
66) L. 8. §. 1. D. qui satisdare cogantur.
67) Cap. 1. X. de fideiuss.
68) Nov. 123. cap. 6.
69) Böhmer, J. E. P. III. 22. §. 5.

Dagegen ist hier noch zu erwähnen, daß correi, da Eingehung einer Correalverbindlichkeit noch keine Intercession in Bezug auf den Antheil des Mitverpflichteten enthält, sich doch sehr wohl ausdrücklich für einander verbürgen können, was dann die Folge hat, daß der Zahlende immer einen Regreß gegen den Mitverpflichteten nehmen und sich der diesem zuständigen Einreden bedienen darf[70]).

Ferner kann dem Bürgen vom Schuldner ein zweiter Bürge gegeben werden, der ihm sichert, was er in Folge der Bürgschaft an jenen zu fordern haben wird[71]). Dieser heißt Rückbürge. Auch kann ein Nachbürge, f. succedaneus, vorkommen, der für die Verbindlichkeit des Bürgen gegen den Gläubiger haftet. Dieser gilt dann natürlich nicht als Mitbürge, so daß zwischen ihm und dem Vorbürgen auch keine Theilung der Verbindlichkeit statt hat[72]). Mitbürgen sind dagegen alle für den Hauptschuldner verpflichtete Bürgen, und diese gelten, wenn sie gleich nicht durch einen Act und gleichzeitig verpflichtet sind, doch als gleichzeitig principaliter verpflichtet, da nach dem Sinne des Geschäftes kein Mitbürge eine bloße accessio für die Pflicht des anderen übernommen hat. Obgleich, im Falle sie nicht zusammen durch einen Act verpflichtet sind, sie niemals correi genannt werden, so ist doch zwischen diesem Falle und dem Falle der successiven Verpflichtung kein practischer Unterschied[73]). Zu bemerken ist übrigens noch, daß wegen der Einheit des inneren Gehaltes der Obligation die Litiscontestation mit dem Bürgen auf die Verbindlichkeit des Mitbürgen und des Hauptschuldners consumirend wirkt. Ward dabei das beneficium divisionis geltend gemacht, und der Kläger gestand die Theilung zu, so ward wahrscheinlich eine praescriptio gegeben, um die Klage gegen die übrigen Bürgen zu bewahren[74]). Nach Justinianeischem Rechte wird dagegen die Verbindlichkeit nicht durch die Litiscontestation mit dem einen Bürgen, sondern erst durch Zahlung aufgehoben[75]). Danach bleibt denn, selbst wenn es gar nicht zur Theilung der Klage gekommen, und das beneficium divisionis gar nicht vorgeschützt war, der Anspruch gegen die übrigen Bürgen nach Belangung eines Bürgen unverändert, nur hat der Gebrauch des beneficium divisionis die Wirkung, daß der Antheil des Mitbürgen, welcher es vorschützt und nachher zahlungsunfähig wird, den übrigen nicht zur Last fällt[76]), indem diese Wirkung des beneficium divisionis schwerlich durch die freilich etwas allgemein lautenden Worte der L. 28. C de fideiuss. abgeschafft ist.

---

70) L. 10. 11. D. de duobus reis. L. 4. 5. D. de compensat. Cuiac. ad African. 4. ad L. 17. §. 2. D. ad SC. Vellei. ad resp. Pap. 11. ad L. 11. cit.

71) L. 4. pr. D. h. t.

72) L. 27. §. 4. D. h. t.

73) Bei den Sponsoren und Fidepromissoren sind solche Unterschiede wahrscheinlich vorhanden gewesen, indem die Lex Apuleia und Furia sich nur auf eigentliche correi bezogen haben werden.

74) Keller, von der Litiscontestation S. 569, 570.

75) L. 28. C. de fideiussor.

76) L. 51. §. 4. L. 52. §. 1. D. de fideiuss.

3) Was die Beschaffenheit der Schuld anlangt, für welche eine Bürgschaft übernommen werden kann, so ist solches für eine Verbindlichkeit jeder Art, selbst eine blos natürliche, möglich, insofern sie nur giltig ist [77]), für eine gegenwärtige wie für eine zukünftige [78]), für eine Forderung aus einem Delicte wie für eine Contractsforderung [79]), für liquide wie für illiquide Schulden. Danach gilt die Bürgschaft für eine Schuld des Sclaven an den Herrn, nicht aber umgekehrt [80]), und ebenso auch nicht die Bürgschaft für dem SC. Macedonianum oder Velleianum zuwiderlaufende Schulden [81]), für Schulden eines furiosus oder prodigus oder eines pupillus [82]), wenn sie wissentlich für diese Schulden übernommen ward [83]). Während bestehender Ehe darf ferner die Frau vom Ehemanne keine Bürgschaft für die Restitution der dos verlangen, und kann giltiger Weise nicht einmal eine ihr freiwillig gebotene Bürgschaft annehmen [84]). Man pflegt jedoch unter Berufung auf eine Stelle des canonischen Rechtes [85]) den Fall auszunehmen, wenn der Mann während der Ehe in Vermögensverfall geräth. Der heutige Gerichtsgebrauch kennt das ganze Verbot nicht mehr. Dagegen sind Bürgschaften für die Bestellung einer dos zulässig, wobei zu bemerken ist, daß auch der Vater der Frau eine solche übernehmen kann, und daß die nach solcher Bürgschaft bestellte dos nicht für eine profectitia gilt, wenn auch der Vater von dem eigentlichen Schuldner nicht entschädigt würde [86]).

Ungiltig sind dagegen Bürgschaften für unerlaubte oder unter unmöglichen Bedingungen eingegangene Geschäfte [87]) und für den Gegenstand einer Popularklage, da es hier vor der Litiscontestation gar keinen Gläubiger gibt [88]).

Bürgschaften für dingliche Rechte sind nicht füglich denkbar, sondern nur insofern, als damit bestimmte Leistungen von Personen, die in Folge der dinglichen Rechte verpflichtet sind, gesichert werden sollen. Hierauf mag sich der in L. 2. D. h. t. entschiedene Zweifel, ob für ein depositum oder commodatum eine Bürgschaft zulässig sei, beziehen [89]).

4) Die Wirkung der Bürgschaft besteht darin, daß der Bürge auf Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners — sobald diese fällig

77) L. 16. §. 3. 4. D. h. t. §. 1. J. h. t.
78) L. 6. §. 2. L. 47. §. 1. L. 55. L. 60. D. h. t.
79) L. 8. §. 5. L. 56. §. 3. L. 70. §. 5. D. h. t.
80) L. 56. §. 1. D. h. t. — Cf. Cuiac., obs. VIII. cap. 11.
81) L. 16. §. 1. D. ad SC. Vellei. L. 11. D. h. t.
82) L. 6. D. de verb. oblig.
83) L. 95. §. 4. D. de solut. L. 127. D. de verb. obl. L. 25. D. h. t.
84) L. 3. C. ne fideiuss. dot. dentur. Cuiac., recit. sol. ad h. t.
85) Cap. 7. X. de donat. inter virum et uxorem.
86) L. 5. §. 6. 7. D. de iur. dot.
87) L. 29. L. 46. L. 56. h. t. L. 31. D. de obl. et act. L. 178. D. de reg. iur.
88) L. 56. §. 3. D. h. t.
89) Cuiac., obs. XXII. cap. 3. in fine. L. 30. D. depositi.

ist[90]) — mit der actio ex stipulatu belangt werden kann. Er haftet indeß nicht für Strafen, die der Hauptschuldner verwirkt[91]), noch für Schäden, die sich der Gläubiger durch eigenes Verschulden zuzieht[92]). Wohl aber erstreckt sich die Pflicht des Bürgen auf den übrigen Inhalt der Hauptschuld. Der Bürge eines Pächters haftet also für sämmtliche Termine des Pachtzinses und für das dem Pächter übergebene Inventar[93]), und wenn ein Erbe für die Bezahlung eines Legates Bürgen gestellt hat, welches alle Erben schuldig waren, und ihm dann die Theile der übrigen accresciren, so haftet der Bürge nun gleich dem Erben für das Ganze und nicht blos, wie vor dem Accresciren, für die einzelne Rate[94]). Hat sich der Bürge für dasjenige, was nicht aus dem Erlöse bestellter Pfänder gedeckt wurde, verbürgt, so befreiet ihn der zufällige Untergang der Pfänder nicht[95]). Für vertragsmäßige Zinsen haftet der Bürge nicht unbedingt, sondern nur, wenn er sich in omnem causam verbürgte, was indeß noch nicht anzunehmen ist, wenn die Bürgschaft blos schlechthin und ohne Einschränkung geschah[96]).

Was die Frage von der Wirkung einer vom Hauptschuldner begangenen mora für die Bürgen anlangt, so schadet im allgemeinen die mora des Schuldners auch dem Bürgen, ohne daß es darauf ankäme, ob den Bürgen selbst ein Verschulden trifft[97]). Zunächst geht also die aus der perpetuatio obligationis folgende Pflicht, das periculum rei zu tragen, auf den Bürgen über[98]). Rücksichtlich der Verzugszinsen muß zwischen obligationes bonae fidei und stricti iuris unterschieden werden. Intercedirte der Bürge für ein negotium stricti iuris, so beschränkt sich seine Verpflichtung auf den ursprünglichen Schuldbetrag und wird durch die mora des Schuldners nicht erweitert[99]). Bei obligationes b. f. trifft den Bürgen die Verpflichtung, für Verzugszinsen einzustehen; aber nicht unbedingt, sondern nur dann, wenn er sich entweder ausdrücklich dafür verbürgt, seine Verbindlichkeit in omnem causam übernommen, oder völlige Schadloshaltung des Gläubigers versprochen hat[100]). Die übrigen Nachtheile der mora, welche, wie die Conventionalstrafe, auf einem besonderen Vertrage beruhen, gehen ohne besondere Verabredung auf den Bürgen nicht über. Die Verbindlichkeit des Bürgen aus der mora des Hauptschuldners dauert übrigens eben so lange, als die des Hauptschuldners selbst. Hat sich der Bürge indeß nur auf eine gewisse

---

90) L. 57. D. h. t. Cf. Cuiac., observ. XV. cap. 9.
91) L. 68. pr. D. h. t. L. un. C. de per. eor. qui pro magistr. interv.
92) L. ult. D. h. t.
93) L. 52. §. 2. L. 58. pr. D. h. t.
94) L. pen. D. ut leg. non cav.
95) L. 52. pr. D. h. t.
96) L. 54. pr. D. locati. L. 24. §. 1. D. de usuris. L. 68. §. 1. D. h. t. v. Madai, von der mora S. 415—418.
97) L. 24. §. 1. D. de usur. L. 58. §. 1. D. h. t. L. 88. D. de V. O. v. Madai a. a. O. §. 57.
98) L. 58. §. 1. cit. L. 44. D. de operis libert.
99) L. 8. 10. D. de eo quod acto loco.
100) L. 68. §. 1. D. h. t. L. 10. C. h. t. L. 54. pr. D. locati.

Zeit verbürgt, und die mora ist innerhalb dieser Zeit begangen, der Untergang der Sache aber erst nach deren Ablauf erfolgt, so haftet der Bürge nicht[101]). Der Bürge kann sich ferner einer eigenen mora schuldig machen, selbst da, wo keine mora des Hauptschuldners vorhanden ist[102]), sowie auch Fälle möglich sind, in denen eine eigentliche mora des Bürgen nicht vorkommen kann, sobald nämlich die Obligation auf eine nur vom Schuldner vorzunehmende Leistung geht[103]). Der Ablauf der für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit festgesetzten Zeit bewirkt aber noch keine mora des Bürgen, da dieser, insonderheit vermöge des beneficium excussionis, nur subsidiarisch haftet. Ist der Bürge allein in mora gewesen und während der mora das Schuldobject untergegangen, so wird freilich der Schuldner und folgeweise auch der Bürge frei; allein, damit ihm sein Verschulden nicht nütze, wird die actio ex stipulatu gegen den Bürgen nach dem Edicte restituirt oder eine actio de dolo gegeben[104]). Die mora des Bürgen wirkt übrigens auf den Hauptschuldner nicht zurück, indem hier die Regel unicuique sua mora nocet entscheidet. Der Bürge hat auch wegen der ihm durch seine mora zugezogenen Nachtheile keinen Regreß. Zu bemerken bleibt nur, daß nach Einführung des beneficium ordinis die Fälle, wo der Bürge allein eine mora begeht, sehr selten vorkommen werden.

Der Bürge, dessen Verbindlichkeit auf die Erben transmittirt wird[105]), haftet nicht nur dem Gläubiger, sondern Allen, auf welche dessen Recht übergeht, also z. B. der Bürge eines Erbschaftsschuldners auch dem Fideicommissar, dem die Erbschaft restituirt wird[106]). Abgesondert von der Hauptschuld kann natürlich die Verbindlichkeit des Bürgen nicht cedirt werden. Wird die Hauptschuld cedirt, so geht das Recht gegen den Bürgen, welches ja auf einer besonderen Stipulation beruhet, freilich nicht von selbst auf den Cessionar über, der Cedent kann aber gezwungen werden, die Klage gegen den Bürgen abzutreten[107]).

Wird nun gegen den Bürgen vom Gläubiger Anspruch erhoben, so kann sich derselbe dagegen nicht nur aller persönlich zuständigen Einreden, sondern regelmäßig auch der für den Hauptschuldner vorhandenen bedienen[108]). Das Nähere hängt hier mit der Frage zusammen, welcher Grad der Giltigkeit der Hauptforderung für das Bestehen der Bürgschaftsverbindlichkeit vorausgesetzt werde[109]). Der Bürge kann also keine Einrede daraus hernehmen, daß die Hauptverbindlichkeit eine blos natürliche ist[110]), wohl aber daraus, daß sie den Gesetzen zuwider-

101) L. 7. C. de locato.
102) L. 137. D. de verb. obl.
103) L. 44. D. de operis libert.
104) L. 82. §. 5. D. de usuris. L. 38. §. 4. D. de solut. L. 88. D. de V. O. L. 19. D. de dolo malo. Cuiac. ad L. 49. de V. O.
105) L. 4. §. 1. D. h. t.
106) L. 21. pr. D. h. t.
107) L. 23. pr. D. de hered. vel act. vend.
108) L. 19. D. de except.
109) Weber, von der natürl. Verbindlichkeit §. 112 flg.
110) L. 6. §. 2. D. h. t.

läuft[111]). Letzteres modificirt sich in den Fällen, wo die Verbindlichkeit zum eigenen Besten des Schuldners für nichtig erklärt ist, also bei Unmündigen, Minderjährigen, Verschwendern und Frauenzimmern, sofern sie intercediren. Ist es hier die Absicht gewesen, daß der Gläubiger durch die ihm geleistete Bürgschaft gerade gegen die Ungiltigkeit des Hauptgeschäftes gesichert werden sollte, so kann der Bürge aus dieser letzteren keinen Einwand hernehmen und auch keinen Regreß gegen den Hauptschuldner ausüben. In diesen Fällen intercedirt der Bürge animo donandi, und die in manchen Stellen allgemein ausgesprochene Ungiltigkeit der Bürgschaft für ungiltige Verbindlichkeiten erleidet hiernach eine nothwendige Einschränkung[112]), sobald nur der Bürge mit den Verhältnissen bekannt war. Dem Schuldner blos für seine Person gegebene Einreden, z. B. das beneficium competentiae, nützen dem Bürgen nicht[113]). Die Einrede der Verjährung steht hingegen dem Bürgen zu, außer wenn die Hauptschuld bei Eingehung der Bürgschaft bereits verjährt war, und er dieses wußte[114]). Die Einrede aus einem von dem Schuldner geschlossenen pactum de non petendo wird auch dem Bürgen eingeräumt[115]); weil hierbei aber nur die Absicht ist, den Schuldner sicher zu stellen und zu befreien, so wird diese Einrede dem Bürgen versagt, wenn er ohnehin keinen Regreß gegen den Schuldner hat und donandi animo intercedirt[116]). Ein pactum des Bürgen nützt aber weder dem Hauptschuldner noch dem Mitbürgen[117]).

Was das dem Schuldner etwa zuständige Recht auf integri restitutio betrifft, so ist es allerdings Regel, daß dieses auch von dem Bürgen benutzt werden darf[118]). Rücksichtlich der Bürgen eines Minderjährigen wird indeß im römischen Rechte nicht gleichmäßig entschieden. Ulpian sagt in L. 3. §. 4. D. de min.: solet interdum auxilium praetoris fideiussori minoris prodesse. Regelmäßig hat der Bürge also keinen Anspruch darauf, am wenigsten, wenn er gerade contemplatione iuris praetoris, um den Gläubiger gegen die Gefahren des Contrahirens mit einem Minderjährigen zu decken, intercedirte[119]), was immer zu vermuthen ist, wenn er wußte, daß der Schuldner minderjährig ist. Wird indeß der Minderjährige wegen eines Betruges, der ihm gespielt ist, restituirt, so nützt dieses dem Bürgen[120]); und ebenso, wenn seinem Gegner noch auf andere Weise zu helfen steht, wie z. B. in den in L. 51. D. de proc. und L. 89. D. de acq. hered. angeführten Fällen.

---

111) L. 46. D. h. t.

112) L. 9. §. 3. D. de SC. Maced. L. 13. pr. D. de minor. L. 30. D. ad SC. Vellei. L. 2. C. de fidei. min. Cuiac., obs. lib. 19. cap. 29.

113) L. 7. D. de except. L. 24. D. de re iudicata.

114) L. 37. D. h. t.

115) L. 21. §. ult. D. de pactis.

116) L. 32. D. eod. tit.

117) L. 23. D. eod. tit.

118) L. 6. D. de rest. in integr. L. 7. §. 1. D. de except.

119) L. 95. §. 3. D. de solut. Paullus, sent. rec. 1. 9. §. 6.

120) L. 7. §. 1. D. de except. L. 2. C. de fideiuss. min.

Beerbt der Bürge den minderjährigen Schuldner, so kann er die restitutio allerdings suchen: ausgenommen in dem Falle, wo er den Gläubiger gerade gegen die Gefahr des Contrahirens mit einem minor sichern wollte, also seine Pflicht die stärkere ist und deßhalb auch nicht durch Confusion erlöscht[121]).

Außerdem stehen dem Bürgen, dessen sprichwörtlich für gefährlich und bedenklich anerkannte Lage die Gesetze zu mildern beflissen gewesen sind[122]), noch drei besondere beneficia zu, von denen bereits an früheren Stellen gehandelt ist:

1) das beneficium excussionis oder ordinis, Rechtslexicon Bd. 1, S. 901.
2) das beneficium divisionis, Rechtslexicon Bd. 1, S. 892.
3) das beneficium cedendarum actionum, Rechtslexicon Bd. 1, S. 871.

5) Wenn der Bürge seiner Verbindlichkeit gemäß den Gläubiger hat befriedigen müssen, so kann er gegen den Schuldner den Regreß nehmen, zu welchem Ende ihm im Falle eines von demselben erhaltenen Auftrages die actio mandati, sonst die actio negotiorum gestorum zusteht[123]). Die Klagen finden erst nach der Befriedigung des Gläubigers statt, denn wenn auch der Mandatar regelmäßig nach Erfüllung des Auftrages zur Mandatsklage berechtigt ist, so gilt doch das Mandat de fideiubendo noch nicht mit der Verbürgung für erledigt, weil, wie in L. 47. D. de cond. ind. bemerkt wird, ein Mandat zu zahlen implicite mit darin enthalten ist. Diese Klagen gehen nicht blos auf den Bestand der Hauptschuld, sondern auf das volle Interesse des Bürgen. Wenn sich indeß der Bürge durch unnützes Weigern und frivoles Prozessiren über apices iuris vermeidliche Kosten zugezogen hat, so werden ihm diese nicht mit ersetzt[124]). Es gibt Fälle, in welchen der Bürge seinen Regreß nehmen kann, ohne schon bezahlt zu haben. Hierher gehört es a) wenn es also verabredet war, oder wenn der Bürge zur Zahlung condemnirt ist, oder der Schuldner in augenscheinlichen Vermögensverfall geräth, oder lange mit der Zahlung zögert[125]), wobei es indeß immer dem Ermessen des Richters überlassen bleibt, den Schuldner nur zur Befreiung des Bürgen oder zur cautio defensum iri anzuhalten[126]). b) Wenn der Bürge die Schuld deponirt[127]), oder durch Delegation

---

121) L. 95. §. 3. D. de solut.
122) Cuiac., obs. XIX. cap. 34.
123) §. 6. J. h. t. L. 4. pr. L. 25. D. eod. tit.
124) L. 29. §. 4. D. mandati. L. 82. §. 1. D. de V. O. L. 79. D. de iudiciis.
125) Lange soll nach Donellus (Comm. 13. 13. §. 8.) zehn Jahre sein. Arg. L. 26. §. 3. D. qui et a quibus. Besser ist es wohl, im einzelnen Falle nach Ermessen zu entscheiden.
126) L. 38. 45. D. h. t. L. 6. 10. C. h. t. Cap. ult. X. h. t.
127) L. 64. h. t.

getilgt hat[128]). c) Wenn dem Bürgen die Schuld geschenkt ist. Befreit ein Dritter Schenkungs halber den Bürgen durch Befriedigung des Gläubigers, so hat ersterer den Regreß gegen den Schuldner[129]), weil der Gläubiger hier doch die Schuld empfangen hat. Wenn der Gläubiger dagegen dem Bürgen Schenkungs halber die Schuld erläßt, so hat derselbe keinen Regreß, außer wenn die Schuld ihm remuneratorisch geschenkt oder letztwillig erlassen ist[130]), in welchen Fällen denn auch der Hauptschuldner vom Gläubiger nicht weiter angegriffen werden kann. Wenn der Bürge den Gläubiger beerbt, oder bei einer Verheurathung mit der Gläubigerin die verbürgte Schuld in dotem erhält, so behält er den Regreß ebenfalls offen[131]). Der Regreß fällt übrigens hinweg: a) wenn der Bürge pro invito et prohibente sich verbürgt hat, indem alsdann bei ihm der animus donandi angenommen werden muß[132]), in welchem Falle nach der Natur der Sache von keinem Regresse die Rede sein kann[133]). b) Wenn der Bürge ohne Auftrag für einen nicht wirksam verpflichteten Schuldner intercedirt hatte, indem diesem Schuldner die Bürgschaft nichts hilft, oder wenn er einem offenbar unsinnigen Auftrage folgte, z. B. ex mandato adolescentis luxuriosi pro meretrice sich verbürgte[134]), wenigstens in Ansehung des Auftraggebers. c) Wenn der Bürge durch einen ungerechten Richterspruch condemnirt ist und die zuständigen Rechtsmittel dagegen versäumt hat, wobei er indeß entschuldigt wird, wenn ihn seine Armuth hinderte, Rechtsmittel zu gebrauchen[135]). d) Wenn er wissentlich eine nichtige Verbindlichkeit erfüllte oder zuständige Einreden vorzuschützen unterließ, wobei ihm indeß ein litigare de apicibus iuris, oder Geltendmachen bloße Formalien betreffender Einwendungen oder eine exceptio minus honesta nicht zur Pflicht zu machen ist. Dem Schuldner liegt dagegen die Pflicht ob, den Bürgen von den zuständigen Einreden in Kenntniß zu setzen: hat er gezahlt, und der Bürge zahlt aus Unkenntniß hiervon noch einmal, so findet der Regreß statt[136]). e) Zu einer Litisdenunciation ist der Bürge nicht verpflichtet, um sich den Regreß zu bewahren. Hat er indeß gezahlt, so muß er dieses dem Schuldner anzeigen, denn sonst kann dieser, wenn er aus Unwissenheit noch einmal zahlt, der Regreßklage mit der exceptio doli begegnen, ist aber gehalten, dem Bürgen die condictio indebiti gegen den Gläubiger abzutreten[137]). f) Der Regreß fällt zur Strafe weg, wenn der Bürge sich einer verbotenen redemtio litis in Bezug auf die

128) L. 18. D. h. t.
129) L. 26. §. 3. D. mandati.
130) L. 10. §. 13. L. 12. pr. D. mandati.
131) L. 75. §. 2. D. de solut. L. 11. 47. D. mandati.
132) L. 6. §. 2. L. 40. D. mandati. L. ult. C. de neg. gest.
133) L. 4. D. de neg. gest. L. 9. §. 3. D. de SC. Maced.
134) L. 12. §. 11. D. mandati.
135) L. 8. §. 8. D. mandati. L. 67. D. h. t. L. 10. C. h. t.
136) L. 29. §. 1. 2. 4. D. mandati. L. 10. §. pen. D. mandati, und über die exceptio minus honesta Cuiac., observ. lib. 11. cap. 40.
137) L. 8. §. 7. L. 29. §. 8. D. mandati.

verbürgte Forderung schuldig macht[138]). g) Zahlt der Bürge zu früh, so schiebt dieses seinen Regreß nur auf[139]).

Der Regreß beschränkt sich endlich jedenfalls auf das wirklich vom Bürgen Gezahlte, namentlich auch in dem Falle, wenn ihm vom Gläubiger die Klage gegen den Schuldner abgetreten ist. Gesetzt, er hätte nicht vollgezahlt, ihm wäre aber die Klage auf das Volle abgetreten, so würde er, wenn er hierauf klagte, mit einer exceptio doli zurückzuweisen sein.

Uebrigens ist noch darauf aufmerksam zu machen, daß Justinian's Gesetzgebung[140]) auf die Regreßrechte des Bürgen gegen den Hauptschuldner insofern eingewirkt hat, als der Bürge überhaupt nicht eher angegriffen werden soll, als wenn von dem Schuldner die Befriedigung nicht zu erlangen ist, ausgenommen, wenn letzterer abwesend und deßhalb schwieriger zu belangen ist.

6) Was das Erlöschen der Bürgschaft anlangt, so ist es Regel, daß die Bürgschaft fortdauert, so lange die Hauptverbindlichkeit besteht. Der Bürge haftet aber für die mora und Insolvenz des Schuldners und hat regelmäßig kein Recht, von dem Gläubiger ein rascheres Auftreten, oder eine seinem Interesse entsprechende Diligenz zu fordern[141]). Allein ganz schutzlos ist hier der Bürge dennoch nicht. Denn a) man gestattet ihm, namentlich wenn er durch eine Insolvenz seiner Mitbürgen Schaden zu leiden fürchtet, den Gläubiger zum Klagen zu provociren: eine Befugniß, die man früher aus der L. 28. D. h. t. ableitete. b) Wenn der Gläubiger fahrlässig verfuhr und sich eine Zögerung zu Schulden kommen läßt, die unter den besonderen Verhältnissen als unverzeihlich erscheint, z. B. wenn die Cassenherrschaft die Beaufsichtigung und Revision der Cassenführung eines Beamten, welcher Bürgen gestellt hat, unterläßt, wenn in fortlaufenden Geschäften dem Schuldner auf eine leichtsinnige Art creditirt wird, so läßt sich nach L. 41. pr. D. h. t. L. 95. §. 11. D. de solut. eine exceptio doli des Bürgen gegen den Gläubiger denken. Dieser, nur rücksichtlich des fideiussor indemnitatis und mandator ausgesprochene, Satz läßt sich bei der allgemeinen Zuständigkeit des beneficium ordinis auf alle Bürgen ausdehnen, insofern sie diesem beneficium nicht entsagt haben[142]). c) Der Bürge kann gegen den Schuldner auf Befreiung klagen, wenn er sich bei Gelegenheit einer Vermögensverwaltung verbürgt hat[143]), wenn der Schuldner lange mit der Bezahlung zögert, wenn derselbe unsicher wird, oder gegen den Bürgen bereits ein condemnatorisches Urtheil vorliegt[144]). Im ersten dieser Fälle kommt es indeß gewiß noch darauf an, ob eine einfache

138) L. 6. §. 7. D. mandati. Vgl. indeß Mühlenbruch, von der Cession §. 364, in der Note.
139) L. 31. D. de fideiuss.
140) Auth. praesent. Cod. h. t. Nov. 4. cap. 1.
141) L. 25. C. h. t. L. 62. D. h. t.
142) Voet, Comm. ad Pand. 46. 1. §. 38.
143) L. 6. D. de contr. tut. act.
144) L. 10. C. h. t. Cap. 5. X. h. t.

Schuld oder ein fortlaufendes Geschäftsverhältniß Gegenstand der Verbürgung war[145]).

Die Bürgschaft erlöscht außerdem in folgenden Fällen: 1) durch Confusion, indem Niemand sein eigener Gläubiger, Schuldner oder Bürge sein kann. Die einzelnen Fälle müssen hier indeß noch genauer getrennt werden.

a) Wenn der Schuldner dem Gläubiger succedirt oder umgekehrt, so erlischt die Verpflichtung des ersteren und folgeweise auch die des Bürgen[146]).

b) Wenn der Bürge dem Gläubiger succedirt, so erlischt dessen Verbindlichkeit ebenfalls. Derselbe kann alsdann nicht, als habe er gezahlt, den Regreß nehmen, sondern nur die Hauptklage gegen den Schuldner anstellen[147]).

c) Wenn der Hauptschuldner dem Bürgen succedirt oder umgekehrt, so erlischt die Bürgschaft[148]). Hatte sich der Bürge aber für correi verbürgt und succedirt dem Einen derselben, so dauert die Verbindlichkeit aus der Bürgschaft fort[149]), und ebenso dauert sie fort, wenn die Hauptverbindlichkeit eine natürliche oder sonst minder wirksame war, als die aus der Bürgschaft[150]). Hat der Bürge für seine Verbindlichkeit einen Nachbürgen gegeben und succedirt nun dem Schuldner, so wird der Nachbürge frei, ein gegebenes Pfand haftet aber in diesem Falle für die nicht confundirte Hauptschuld fort[151]).

Die Bürgschaft erlischt ferner 2) durch Ablauf der Zeit, für welche sie eingegangen ist. Der Bürge, welcher sich nur auf eine gewisse Zeit verbindlich macht, wird mit dem Ablaufe dieser Zeit frei, wenn er nicht vor demselben in mora versetzt ist, und während der mora die Zeit verstreicht[152]). Verschieden hiervon ist natürlich der Fall, wenn er sich für die in einem gewissen Zeitabschnitte entstehenden Forderungen verbindlich gemacht hat[153]). 3) Durch Zahlung, Novation oder anderweite Tilgung der Hauptverbindlichkeit. Eine Confiscation der Güter des Schuldners hat indeß keinen Einfluß auf das Verhältniß des Bürgen[154]). Eine abgesonderte Verjährung der Bürgschaftsverbindlichkeit kommt dabei nicht vor, indem die Interpellation des Hauptschuldners auch die Verpflichtung des Bürgen perpetuirt.

Siebe.

---

145) Voet l. c. §. 39.
146) L. 21. §. 3. L. 38. §. 1. D. h. t.
147) L. 21. §. 5. D. h. t.
148) L. 5. 14. D. h. t.
149) L. 21. §. 4. h. t.
150) L. 95. §. 3. D. de solut. Cuiac. ad h. t. in libr. 28. ad Pap. Resp.
151) L. 38. §. 5. D. de solut. L. 5. §. ult. D. in quib. causis pign.
152) Voet, Comm. ad Pand. 46. 1. §. 36.
153) L. 7. C. de locato. L. 13. §. 11. D. locati. Vinnius, selectae quaest. lib. 2. cap. 41.
154) L. 1. 20. C. h. t. Cuiac., observ. 15. 35.

Interdicte[1]) heißen in der Kunstsprache des römischen Rechtes zunächst alle Unterlassungsgebote des Magistratus, im Gegensatze der **Decrete**, worunter man sich Befehle zur Vornahme einer Handlung zu denken hat[2]); doch hat sich der Sprachgebrauch der Kaiserzeit dahin festgestellt, beide Arten obrigkeitlicher Erlasse mit dem Namen Interdicte zu belegen. Solche Befehle des Magistrates haben ursprünglich den Zweck, gewisse Arten von Streitigkeiten sofort zu beendigen[3]); nicht aber, wie man früher anzunehmen geneigt war, Klagen zu begründen, welche zwar daraus entstehen konnten, aber keine nothwendige Folge der Interdicte waren[3a]). Räumte nämlich der Gegner den Grund der Beschwerde, die Vorbedingung des Interdictes, ohne Weiteres ein, so traten im classischen Pandektenrechte die gewöhnlichen Folgen der confessio ein[4]), der confessus gilt pro iudicato und setzt sich, falls er über die ihm gesetzte Frist hinaus mit der Erfüllung des Befehles zögert, der Anwendung executivischer Zwangsmittel aus. — Das Wesen der Interdicte wird am leichtesten begreiflich, wenn wir auf das gerichtliche Verfahren, welches dabei vorkam, genauer eingehen. Eingeleitet wird das Interdict, gleich der actio, durch die in ius vocatio; vor dem Prätor macht den Anfang ein kurzer Antrag der Partei auf Erlaß des Interdictes[5]), den man ganz füglich der postulatio actionis vergleichen kann; auf diesen Antrag hin erläßt nun der Prätor den nachgesuchten Befehl (interdictum reddit) und zwar gewöhnlich mit ähnlichen Worten, wie er im Edicte verzeichnet war[6]). Dieser Befehl nun wird, sofern sich der Beklagte nicht fügt, die Einleitung zu einem weiteren gerichtlichen Verfahren[7]), was man in der Kunstsprache des heutigen Rechtes mit dem Namen **Interdictenprozeß** zu bezeichnen pflegt. Der Grundgedanke desselben zur Zeit der classischen Juristen war, daß die factischen Umstände, welche

---

1) **Literatur**: Unter den neueren Schriften gehören hierher besonders **Haubold**, über die Stelle von den Interdicten in den Veronesischen Handschriften, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. III, Nr. 12, S. 358—388; **Zimmern**, der römische Civilprozeß §. 71—74, S. 219—232; **Bethmann-Hollweg**, Handbuch des Civilprozesses Bd. 1, §. 37; **Puchta**, Cursus der Institutionen Bd. 2, S. 138—144; und vor allen **v. Savigny**, das Recht des Besitzes §. 34, S. 446—452, und **Unterholzner**, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 1, S. 342.

2) **Caius**, instit. comm. IV. §. 140. **Theophilus**, paraphrasis inst. IV. 15. §. 1. In der Lex de Gallia Cisalpina wird der Sprachgebrauch streng beobachtet, Col. I. lin. 2 u. 4. Selbst in L. 1. pr. D. de tabulis exhib. (43. 5.) tritt er noch deutlich hervor. Vgl. **Haubold**, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 3, S. 365.

3) **Caius**, inst. IV. §. 139.: Certis ex causis praetor aut proconsul principaliter **auctoritatem** suam **finiendis controversiis praeponit**.

3a) Als Einleitung zu Rechtsstreitigkeiten gelten die Interdicte **Unterholzner** a. a. O. Th. 1, S. 342.

4) L. 6. §. 2. D. de confessis. (42. 2.) L. 1. §. 1. D. 43. 5.

5) **Theoph.** l. c. princ. Vgl. **Haubold** a. a. O. Bd. 3, S. 370.

6) **Theoph.** l. c. §. 1. vgl. mit L. 1. pr. D. 43. 17. L. 1. pr. D. 43. 31.

7) Daher die Interdicte zur actio im weiteren Sinne gezählt werden. L. 37. pr. D. 44. 7.

die Vorbedingungen des Interdictes sind, nicht von dem Prätor in eigener Person untersucht werden sollen[8]), sondern es wird vielmehr ein Judex oder eine Anzahl Recuperatoren mit einer formula niedergesetzt, welche die Frage zu entscheiden haben, ob etwas gegen den Inhalt des prätorischen Edictes, d. h. gegen den vom Magistrate ausgebrachten Befehl geschehen oder unterlassen worden sei. Dabei hatten die Parteien in den restitutorischen und exhibitorischen Interdicten die Wahl zwischen einem zweifachen Verfahren, nämlich zwischen dem per sponsionem oder per formulam arbitrariam. Im ersten Falle provocirt der Kläger den Beklagten zu einer Sponsion, worin dieser eine Strafe verspricht, unter der Bedingung, daß er gegen das prätorische Edict gehandelt habe[9]); auf diese Straffumme erhält der Beklagte eine restipulatio, deren Bedingung auf den entgegengesetzten Fall gefaßt ist. Auf diese sponsio und restipulatio hin bekommt jede von den Parteien eine formula, worin auf die Summen der Sponsion und Restipulation geklagt, also mittelbar auch untersucht wird, ob gegen das prätorische Edict gehandelt worden. Dieß Verfahren enthielt eine Strafe in sich, welche darauf berechnet war, leichtsinniges Prozeßführen auszuschließen, daher es bei Cajus mit den Worten cum poena agere bezeichnet wird[10]); allein für die wirkliche Exhibition und Restitution war dadurch noch keineswegs gesorgt. Dieß nun war der specielle Zweck einer anderen formula, welche auf Verlangen des Interdicenten an seine Sponsionsformula angeknüpft ward, und auf diesem Wege ward ein Judicium über die Restitution oder Exhibition der Sache möglich, in welchem der Beklagte in den Werth der Sache (quanti ea res est) condemnirt ward, wofern die Restitution oder Exhibition nicht in gehöriger Weise geschah[11]). Bei einer bestimmten Gattung von Interdicten — bei den prohibitorischen — war das Verfahren per sponsionem allein gewöhnlich[12]). In anderen Fällen kann jede von den Parteien, bevor sie den Prätor verläßt, die Bestellung eines arbiter beantragen[13]), und dadurch das Verfahren per sponsionem ausschließen. Es wird dann sofort ein Arbiter mit einer arbitraria formula gegeben, worin derselbe angewiesen wird, den Beklagten in den Werth der Sache zu condemniren, wofern er nicht nach dem Arbitrium des Judex die Restitution oder Exhibition verwirklicht. In der Natur dieser formula lag es, daß der condemnatio erst der iussus iudicis auf Exhibition oder Restitution vorangehen mußte[14]),

---

8) Caius, inst. IV. §. 141.

9) Caius, inst. 4. §. 165. 167. Vgl. Puchta, Cursus der Institutionen Bd. 2, S. 140.

10) Caius, inst. IV. §. 141. Darauf geht auch das cum periculo res ad exitum perducitur bei Caius l. c. §. 162.

11) Caius, inst. IV. §. 165.

12) Caius, inst. IV. §. 141., jetzt auch das neuentdeckte Fragment von Ulpian's Institutionen ed. Endlicher p. 7.

13) Caius, inst. IV. §. 141. 163., jetzt auch das genannte Fragment aus Ulpian's Institutionen p. 7.

14) Caius, inst. IV. §. 163.: Nam indicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debebit.

womit es fernerweit zusammenhing, daß die Condemnation erst dann möglich ward, wenn der Beklagte sich dem iussus iudicis nicht fügte. In diesem Verfahren war nicht, wie bei dem per sponsionem agere, von einer poena, von einem periculum die Rede[15]); vielmehr war es seiner Natur nach rein persecutorisch; bei den prohibitorischen Interdicten blieb es ausgeschlossen, und bei den übrigen war es durch den speciellen Antrag von wenigstens Einer von den Parteien vor dem Prätor bedingt[16]), sonst trat das regelmäßige Verfahren per sponsionem aushilfeweise ein, wahrscheinlich die älteste von beiden Prozeßformen. In den späteren Zeiten, als der ordo iudiciorum abgekommen war, wurden auch keine Interdicte mehr ausgesprochen, d. h. man machte nicht mehr den Versuch mit einem obrigkeitlichen Befehl vor aller Untersuchung; vielmehr wurden an dessen Statt extraordinariae actiones gegeben[17]), und so verwandelten sich die Interdicte, die als förmliche Befehle zur Einleitung des Prozesses keinen Sinn mehr hatten, in Klagen, denen von ihren älteren Eigenthümlichkeiten nichts als der Name blieb[18]). In dieser Gestaltung erscheinen sie im Justinianischen Recht, und gerade so sind sie zu uns herübergekommen, so daß man sie in der neuen Form eben so gut actiones nennen könnte.

Aus dem Gesagten ergibt sich nun, wenn wir näher auf die Grundlagen der Interdicte eingehen wollen: 1) daß sie sämmtlich in dem prätorischen Edicte verzeichnet waren[19]). Wann sie entstanden, läßt sich nicht mit Bestimmtheit ausmitteln; zur Zeit des Cicero waren sie jedenfalls schon vorhanden[20]), vielleicht ihr System auch schon soweit ausgebildet, daß der Interdictenschutz für ein anerkanntes Rechtsinstitut gelten konnte[21]). Wie sie entstanden, darüber fehlen uns gleichfalls genauere Nachrichten. Von einigen läßt sich zwar nachweisen, daß sie adiuvandi iuris civilis causa aufgestellt worden sind, z. B. das Interdictum uti possidetis zur Regulirung des Besitzstandes unter denen, welche gegen einander Eigenthumsansprüche wegen eines Grundstückes geltend machen wollen; das Interdictum quem fundum und quam haereditatem zur Erlangung des Besitzes eines Grundstückes oder einer haereditas, die mit der in rem actio in Anspruch genommen, und von dem Beklagten nicht vertreten wird. Andere mögen wohl zur

---

15) Caius, inst. IV. §. 141. 162 sq.

16) Caius, inst. IV. §. 164.: Observare debet is, qui volet arbitrum petere, ut ita eum petat, antequam ex iure exeat, id est, antequam a praetore discedat. Sero enim petentibus non indulgebitur.

17) §. 8. J. de interdictis. (4. 15.)

18) L. 3. C. de interdictis. (8. 1.) Rubr. Dig. 43. 1. Vgl. v. Savigny, das Recht des Besitzes, 6. Ausg., §. 34, S. 450.

19) L. 1. C. 8. 1.: Ad exemplum interdictorum, quae praetor in albo proposita habet: si arbor in alienas aedes impendebit, item si in alienum agrum impendebit (Imp. Alexander).. Vgl. Unterholzner a. a. O. Th. 1, S. 342 flg.

20) Cicero pro Tullio cap. 53., und in der ganzen Rede pro Caecina u. s. w.

21) Cic. de lege agraria III. 2. 3.

Ausfüllung der Lücken im ius civile und zur Abänderung desselben gedient haben, wie z. B. das Interdictum quorum bonorum, welches die Uranfänge der prätorischen Erbfolge — der bonorum possessio — in sich schließt. Noch ist es nicht gelungen, ein durchgreifendes Princip aufzufinden, welches das Verhältniß der Interdicte zum ius civile zu erklären vermöchte. Manche sind sogar noch weiter gegangen, und haben die Interdicte nicht dem prätorischen Edicte zugeschrieben, sondern ihre Uranfänge in dem alten ius civile zu finden vermeint, veranlaßt durch einige Stellen der nichtjuristischen Classiker, welche freilich anders auszulegen sind [22]). 2) Die Wirkung der Befehle, welche der Prätor auf Verlangen unter den Parteien aussprach, richtet sich ganz nach den Edictworten. Der ausgesprochene Befehl wirkt erst, sofern ihn die Partei, an die er gerichtet ist, nicht beachtet, die Befugniß zur Rechtsverfolgung, den Anspruch auf die poena und Beziehungsweise auf Schadenersatz, inwieweit gegen das Edictum des Prätors gehandelt worden ist. Das wohl soll angedeutet werden, wenn von den Interdicten gesagt wird, daß sie ihrer Natur nach rein persönlich wären, auch dann, wenn sie der Edictfassung nach generell zu sein scheinen [23]). Auch hängt damit wahrscheinlich der andere Grundsatz zusammen, daß bei Interdicten die Früchte, überhaupt die omnis causa erst von dem Augenblicke des interdictum redditum an berechnet werden [24]). 3) Die Voraussetzungen aller Interdicte sind nur factische Umstände, an deren Vorhandensein die Möglichkeit des interdictum reddi im Edicte geknüpft wird. Daher hat der Judex im Interdictenprozesse immer nur über Thatsachen zu urtheilen, sofern nicht die aus der Pönalstipulation entstehende Condiction eine Abweichung nöthig macht. Am einfachsten erklärt sich diese Eigenthümlichkeit der Interdicte aus der Regel des alten Civilrechtes: Praetor ius facere non potest, welche wohl der Grund davon geworden ist, daß die Interdicte niemals auf das ius gestellt wurden. 4) Alle formulae, welche im Interdictenprozesse vorkommen, sind mit Ausnahme derer, welche unmittelbar auf die Pönalstipulation und Restipulation gegründet werden, sämmtlich in factum actiones; denn sie entstammen lediglich der prätorischen Jurisdiction. Diese Bemerkung gibt uns, wie schon Zimmern [25]) lehrt, Aufschluß über die Natur der in den Justinianischen Pandekten neben

22) Cic. pro Caecina cap. 12., Petronius, satyr. cap. 13. Vgl. v. Savigny, das Recht des Besitzes S. 62—65.

23) L. 1. §. 3. D. 43. 1.: Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, tamen vi ipsa personalia sunt (Ulpianus, libro 67. ad edictum). Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 32.

24) L. 3. D. ibid. · L. 1. §. 40. D. 43. 16. L. 8. §. 4. D. 43. 26. Eine Ausnahme kommt bei dem interdictum unde vi vor. L. 1. §. 40. D. 43. 16. L. 4. C. 8. 4.

25) Der römische Civilprozeß §. 71, S. 222.

den Interdicten so oft vorkommenden in factum actiones[26]), welche gewissermaßen mit ihnen concurrirten. Wahrscheinlich sind sie nur eine andere Form der Rechtsverfolgung, welche zwar nicht durch das interdictum reddi eingeleitet, wohl aber auf ähnliche Grundsätze basirt wird. 5) Der Prozeßgang im Interdictverfahren kann nicht summarisch gewesen sein. Zwar ist die summarische Natur der Interdicte ein verjährtes Vorurtheil der älteren und neueren Juristen, welches noch in den Schriften über Interdicte sein Unwesen treibt; allein v. Savigny[27]) hat den Irrthum mit schlagenden Gründen bekämpft. Zunächst spricht für die hier angenommene Ansicht das Zeugniß des Ulpianus[28]) und des Simplicius[29]); auch besitzen wir in der Rede des Cicero pro Caecina ein Stück eines Interdictprozesses, welches durchaus nicht summarischer erscheint als irgend eine andere gerichtliche Rede. Ueberhaupt ist zu bemerken, daß ein summatim cognoscere, was nach dem Sprachgebrauche der classischen Juristen auf das Urtheilen nach Gründen der Wahrscheinlichkeit bezogen werden muß, bei den Interdicten nicht vorkommt; der Beweis ferner wird hier nach den gewöhnlichen Regeln und zwar in derselben Vollständigkeit abgesetzt, wie bei den actiones, eine Abweichung vom gewöhnlichen Verfahren wird nirgends bezeugt. Zimmern[30]), welchem die Unhaltbarkeit der gewöhnlichen Ansicht nicht entgehen konnte, behauptet die summarische Natur der Interdicte nur noch nach der einzigen Seite hin, daß bei ihrer Erörterung die sonst vorkommenden Exceptionen ausgeschlossen gewesen seien, und das ist wiederum nur in Bezug auf einige wenige Interdicte wahr, wie auf das interdictum de vi armatis hominibus[31]) und das interdictum de cloacis[32]). Bei anderen finden wir sogar eine Reihe eigenthümlicher Exceptionen im prätorischen Edicte erwähnt, welche bei den actiones gar nicht vorkommen.

Die wichtigsten Eintheilungen der Interdicte sind 1) in interdicta prohibitoria, restitutoria und exhibitoria. Die prohibitorischen Interdicte haben sämmtlich den Zweck, eine künftige Handlung zu verhüten[33]), und, wenn gegen das Edict gehandelt wird, dem Thäter eine Strafe aufzulegen; sie sind fast alle daran kenntlich, daß sie

---

26) L. 9. D. de religiosis. (11. 7.) L. 10. pr. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.) L. 20. §. 8. D. de novi operis nunciatione. (39. 1.)

27) Das Recht des Besitzes S. 452, dann, über das interdictum quorum bonorum in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 6, S. 241—244.

28) L. 1. §. 2. D. si ventris nomine. (25. 5.)

29) Bei Goësius, scriptores rei agrariae p. 41.

30) Progr. quo sensu summarium vocari possit interdictorum Romanorum iudicium. Jenae 1828. (Beilage zu Zumbach, diss. de arrha contractuum.)

31) Vgl. v. Savigny, das Recht des Besitzes S. 540.

32) L. 1. §. 7. D. 43. 23.

33) L. 1. §. 12. D. 43. 13. L. 2. §. 17. D. 43. 8.

in die Worte vim fieri veto oder veto ausgehen[34]); auch haben sie ein eigenthümliches, durch Pönalsponsionen und Restipulationen geregeltes Verfahren, welches dazu bestimmt ist, den, welcher gegen das Edict gehandelt hat, sofort zur Erlegung der poena zu zwingen. Wahrscheinlich waren sie in der älteren Zeit der eigentliche Stamm dieser Zwangsbefehle, die beiden anderen Classen wenigstens sind ursprünglich nur Decrete. Die restitutorischen Interdicte bezwecken die Wiederherstellung eines alten Zustandes, mit anderen Worten, die Aufhebung der Folgen einer dem Inhalte des prätorischen Edictes entgegenlaufenden Handlung[35]); sie sind sämmtlich an dem Schlußworte: restituas erkennbar. Die exhibitorischen gehen alle in exhibeas aus, bezwecken also die Vorzeigung und resp. Aushändigung eines Gegenstandes, welcher dem Interdicenten widerrechtlicher Weise vom Besitzer vorenthalten wird. 2) **Interdicta adipiscendae, recuperandae** und **retinendae possessionis**[36]). Der Zweck der ersteren ist die Erlangung eines Besitzes, welchen der Interdicent bisher noch gar nicht gehabt hat, z. B. das interdictum quorum bonorum, quorum legatorum, Salvianum; die zweiten beabsichtigen die Wiedererlangung eines Besitzes, welchen der Interdicent gehabt, aber durch die gegnerische Störung verloren hat, z. B. das interdictum unde vi; die dritte Classe bezweckt den Schutz im Besitze, welcher zwar durch die Handlung des Gegners gestört, aber nicht aufgehoben worden ist, z. B. das interdictum uti possidetis. Einige Interdicte sind nach Umständen bald adipiscendae possessionis, bald recuperandae, z. B. die interdicta quem fundum und quam haereditatem, und diese heißen deßhalb auch in der Kunstsprache der römischen Juristen duplicia[37]). Uebrigens bedarf es der Erinnerung, daß die hier erörterte Eintheilung der Interdicte das System derselben nicht erschöpft; ausgeschlossen sind namentlich alle exhibitorischen und ein großer Theil der prohibitorischen von derselben. 3) **Interdicta possessoria** und **non possessoria**. Possessorische Interdicte heißen in der Kunstsprache der heutigen Juristen (den Römern ist die Eintheilung unbekannt[38])) solche Interdicte, welche durch juristische possessio bedingt und begründet werden; dahin gehören nach der herrschenden Ansicht die, welche recuperandae und retinendae possessionis sind, während die interdicta adipiscendae possessionis ausgeschlossen bleiben. Doch ist auch dieß nicht außer Zweifel. Die ganze Eintheilung ist nur bei Gelegenheit der Schriften über das Recht des Besitzes entstanden; sie mag

---

34) Caius, inst. IV. §. 139. 140., Theoph., paraphras. inst. IV. 15. §. 1.

35) L. 1. §. 12. D. 43. 13. L. 2. §. 17. D. 43. 18.

36) Caius, inst. IV. §. 143. §. 2 u. 3. J. 4. 15.

37) Vgl. fragm. Vindob. aus Ulpian's Institutionen ed. Endlicher p. 7. L. 2. §. 3. D. 43. 1., wo Cujacius hat ändern wollen. Vgl. jetzt Rudorff, über das interdictum quem fundum, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 9, S. 18 flg.

38) Die interdicta veluti possessoria in L. 20. D. 8. 1. haben einen ganz anderen Sinn. S. v. Savigny, das Recht des Besitzes S. 461.

ihrer Zweckmäßigkeit halber auch fernerhin beibehalten werden. 4) Interdicta simplicia und duplicia[39]). Jenes sind in der Kunstsprache der römischen Juristen solche, in welchen die Rollen des Klägers und des Beklagten, jede Einer von den Parteien definitiv anfällt, in welchen also Kläger ist, wer den Befehl bei dem Prätor ausgewirkt hat; Beklagter aber, gegen welchen dieser Befehl ausgewirkt wird. Zu dieser Classe gehören alle exhibitorischen und restitutorischen Interdicte, auch der größte Theil der prohibitorischen. Duplicia heißen solche, in welchen jene definitive Vertheilung der Rollen unter die Parteien nicht vorkommt, sondern jede derselben beide Rollen zusammen übernimmt; in Folge dessen findet kein Unterschied zwischen dem Kläger und dem Beklagten statt, also kann auch jede von den Parteien giltig condemnirt und absolvirt werden. Dahin gehören von den prohibitorischen Interdicten uti possidetis und utrubi. Als Grund der Duplicität wird von den römischen Juristen angegeben, daß der Prätor in den genannten Interdicten beide Parteien zugleich anredet[40]); die entferntere Veranlassung mag gewesen sein, daß man statt zweier Interdicte, von denen Eins jeder Partei gegen die andere aus dem nämlichen Grunde zugestanden haben würde, und anstatt zweier Prozesse, welche unter den nämlichen Personen über den nämlichen Gegenstand vorkommen konnten, beide Interdicte in Eins verschmolzen hat, in der Absicht, den Prozeßgang abzukürzen[41]). Eigenthümlich war den duplicia im vorjustinianischen Rechte[42]) die sogen. fructuum licitatio zur Regulirung des Besitzstandes für die Dauer des Prozesses; der interimistische Besitz soll nämlich dem zugesprochen werden, welcher für den Fall, daß er Unrecht behalten sollte, sich zur größten Strafe anheischig machte[43]), und diese Pön war von Anfang an wohl ein Surrogat für den Verlust des fructus, d. h. der factischen Möglichkeit, die Sache während der Dauer des Prozesses zu benutzen[44]), wenn schon Andere sie auf die Restitution des Besitzes, und noch Andere auf die der Früchte beziehen wollen. Die Licitationssumme wird an den Sieger im Prozesse außer den Früchten der Sache entrichtet, und dadurch erhielt der Unterliegende eine Züchtigung für seine Prozeßlust. Der Sieger hatte zu diesem Zwecke gegen den Unterliegenden die condictio, wenn er sich durch eine Stipulation gedeckt hatte, oder auch die venditi actio, wie wir aus einem Fragmente des Paullus[45]) erfahren, was aus Versehen in den Justinianischen Pandekten stehen geblieben ist.

---

39) Quellen: Caius, inst. IV. §. 157—160. §. 7. J. 4. 15. L. 2. D. 43. 1. L. 3. §. 1. D. 43. 17.

40) Caius, inst. IV. §. 159.

41) Dieß deutet an schon Puchta, Cursus der Institutionen Bd. 2, S. 159.

42) Caius, inst. IV. §. 166—169.

43) So Caius, inst. IV. §. 169.

44) So Puchta a. a. O. Bd. 2, S. 143.

45) L. 34. §. 4. D. de contrah. emt. (18. 1.) Vgl. Rudorff, über das Interdict uti possidetis, in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. Bd. 11, S. 358.

Wie weit das Gebiet des römischen Interdictensystems gereicht habe, läßt sich nach dem heutigen Zustande unserer Rechtsquellen nicht mit Gewißheit bestimmen. Eine Andeutung darüber gibt Paullus[46]), wenn er behauptet, die Interdicte ständen zu: vel hominum causa, vel divini iuris, vel de religione. Von denen, die zur ersten Classe gehören, bezwecken einige nur die publica utilitas, andere seien zum Schutze des eigenen Rechtes oder zur Ausübung der eigenen Pflicht oder aus vermögensrechtlicher Rücksicht eingeführt worden (rei familiaris), und diese letzteren werden dann näher bezeichnet, als interdicta recuperandae, retinendae und adipiscendae possessionis[47]). Eine andere Andeutung gibt Ulpian[48]), welcher meint, die Interdicte betreffen nach ihrer obersten Eintheilung entweder res divinae, z. B. sacrae und loci religiosi oder humanae, und diese letzteren ständen entweder zu wegen Sachen, die in Niemandes Vermögen befindlich seien, z. B. wegen freier Menschen oder wegen solcher, bei denen das Gegentheil der Fall ist, und dann sei wiederum zu unterscheiden, ob sie dem Staate, oder Einzelnen angehören. Daß in den Justinianischen Pandekten, deren Buch 43 die Lehre von den Interdicten behandelt, nicht das ganze Interdictensystem mitgetheilt worden ist, zeigt schon die Auslassung der interdicta quem fundum und quam haereditatem, die uns freilich erst durch das Wiener Fragment der Ulpianischen Institutionen bekannt geworden sind. Auch ist dieß vom Standpunkte der Pandektencompilatoren aus leicht erklärlich, da sie nur die Absicht hatten, das geltende Recht aufzunehmen.

Interdictum de aqua[49]) heißt das prohibitorische Interdict, welches dem, welcher im Besitze einer Wasserleitung mit Gewalt gestört worden ist, zum Schutze seines Besitzes gegeben wird. Zunächst bezog sich das Interdict wohl nur auf Wasserleitungen, welche des Ackerbaues halber errichtet worden sind[50]), späterhin ist es auf Labeo's Auctorität hin auch auf alle anderen Wasserleitungen ausgedehnt worden[51]), ja zur Zeit Ulpian's finden wir es auch bei solchen, welche blos aus einem persönlichen Rechte und zum persönlichen Gebrauche errichtet sind[52]). Der Interdictformeln, welche uns in den Justinianischen Pandekten aufbehalten worden sind, gibt es zwei[53]); die eine umfaßt die sogen. aqua quotidiana, die zu jeder Jahreszeit gebraucht wird, und deßhalb an jedem einzelnen Tage des Jahres geleitet werden kann, wenn dieß auch nicht tagtäglich geschieht[54]); die andere spricht von der aqua aestiva, d. h. von

---

46) L. 2. §. 1. D. 43. 1.
47) L. 2. §. 2 u. 3. D. ibid.
48) L. 1. pr. D. ibid.
49) Literatur: de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pars II. §. 16—29., in Meermann, thesaurus iuris tom. VII. p. 523—527.; v. Savigny, das Recht des Besitzes S. 598—600.
50) L. 1. §. 11. D. 43. 20.
51) L. 1. §. 11. 13. 14. L. 3. pr. D. ibidem.
52) L. 1. §. 12 u. 24. D. ibid.
53) L. 1. pr. u. §. 29. D. 43. 20.
54) L. 1. §. 2 u. 3. D. ibid.

einer solchen, die nur im Sommer mit Nutzen bezogen werden kann[55]; beide kommen aber in ihren Bedingungen fast ganz, in der Wirkung aber völlig überein, daher sie denn füglich auch zusammen behandelt werden können. Die Bedingungen der Interdicte sind: 1) Die Wasserleitung muß ein immer laufendes Gewässer enthalten[56]; 2) dieses Wasser muß seiner natürlichen Lage nach sich zur Leitung eignen[57]. Ausgeschlossen ist das Interdict bei Gewässern, welche so tief unter der Erde liegen, daß sie nicht von selbst die Erdoberfläche erreichen können, z. B. bei Brunnenwasser. 3) Die Leitung muß das Wasser im natürlichen Laufe erfassen[58], und zwar bei Quellen und Flüssen unmittelbar aus diesen selbst, nicht erst aus deren Abzügen einleiten. 4) Der Besitz des Wasserleitungsrechtes, welcher hier in der factischen Ausübung der Berechtigung besteht. 5) Diese Ausübung muß in der Ueberzeugung vorgenommen werden, daß das Recht mir zusteht[59]. Auf das Dasein des Rechtes kommt nichts an[60]. 6) Diese Ausübung muß in das letztverflossene Jahr vor der Störung fallen[61]. Bei der aqua aestiva muß der Gebrauch für die letzten zwei Sommer nachgewiesen werden[62], und so kommt manches Mal die Zeit von anderthalb, ja sogar zuweilen von zwei Jahren heraus[63]. Den Sommer soll man nach sechs Jahresmonaten berechnen, und zwar von der Frühlings- bis zur Herbsttagundnachtgleiche[64]. Kann die Leitung nur für den letzten Sommer nachgewiesen werden, so hilft das interdictum utile aus[65]. War man gewohnt, nur den Winter über das Wasser zu leiten, so wird ebenfalls das ausgedehnte Interdict gegeben[66], und zwar nach denselben Regeln, welche bei der aqua aestiva zur Anwendung kommen. 7) Gewaltsame Störung im Gebrauche der Wasserleitung[67]. Dabei ist gleichgiltig, ob diese vom Eigenthümer des Grundstückes oder von Anderen ausgeht[68]. Als Beispiele solcher gewaltsamen Störungen nennt Labeo[69] das Säen, Graben, Umhauen oder Beschneiden der Bäume, das Bauen auf dem Grundstücke, wenn es in der Absicht geschieht, das eingeleitete Wasser zu verunreinigen oder sonst zu verschlechtern. Seiner Natur nach ist das Interdict einseitig, doch steht es unter den rivales, d. h. Zweien, welche durch die

55) L. 1. §. 3 u. 4. L. 6. D. ibid.
56) L. 1. §. 5. 6. D. ibid.
57) L. 1. §. 6. D. ibid.
58) L. 1. §. 7 u. 8. D. ibid.
59) L. 1. §. 10 u. 19. D. ibid. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 399.
60) L. 1. §. 10. L. 1. §. 39. D. ibid.
61) L. 1. pr. §. 20—22. D. ibid.
62) L. 1. §. 31—36. L. 6. D. ibid.
63) L. 1. §. 34. D. ibid.
64) L. 1. §. 32. D. ibid.
65) L. 1. §. 36. D. 43. 20.
66) L. 1. §. 35. D. ibid.
67) L. 1. pr. §. 25. 29. D. ibid.
68) L. 1. §. 25. D. ibid.
69) L. 1. §. 27. D. ibid. Vgl. de Retes l. c. §. XXIII. p. 525.

nämliche Röhre Wasser ziehen, als duplex jedem von Beiden zu, wenn sie über den Gebrauch des Wassers streiten, und ein jeder von ihnen sich den Gebrauch anmaßt[70]. Im vorjustinianischen Rechte sah man hier zunächst auf den Zeitpunkt, wo jeder Wasser zu leiten gewohnt war, und wenn sich dieser ausmitteln ließ, so richtete man darauf das Interdict[71]; wer fremdes Wasser usurpirte, ward mit einer Geldstrafe belegt — lauter Verfügungen, welche im Justinianischen Rechte mit Stillschweigen übergangen sind. Auf die Erben und die weiteren Universalsuccessoren geht das Interdict activ über, ja selbst dem Singularsuccessor ist es nach einer Clausel des prätorischen Edictes gestattet worden[72], welches freilich neben den Universalsuccessoren nur den Käufer namhaft macht. Der Zweck des Interdictes ist 1) der Schutz des gestörten Besitzes durch Abstellung der Störung[73], und damit hängt es wohl zusammen, wenn vom interdictum de aqua quotidiana gesagt wird, es sei in der Regel prohibitorisch[74]. 2) Ersatz des durch die Störung verursachten Schadens, und darauf bezieht sich wohl der restitutorische Theil des Interdictes[75]. Von Exceptionen, welche dagegen zulässig sind, wird in den Justinianischen Pandekten nur die der vitiosa possessio (s. den Art. Einrede Bd. 3, S. 807) erwähnt, und diese hat in einer speciellen Clausel des prätorischen Edictes ihren Grund[76].

Neben diesen Interdicten, welche in den Pandekten Justinian's zusammen behandelt werden, wird noch ein drittes erwähnt, welches zum Schutze derer aufgestellt war, welche zum Ausleiten von Wasser aus öffentlichen Wasserleitungen berechtigt sind[77]. Die Bedingungen dieses Interdictes sind: 1) das Wasser muß aus einer Leitung herrühren, welche öffentliches Wasser enthält[78]. Das prätorische Edict hat zunächst nur das Castellum als den Ort der Ausleitung bezeichnet, d. h. die innerhalb der Stadt liegenden Wasserbehälter für die aqua publica[79], allein die Interpretation der römischen Juristen hat das Rechtsmittel auch auf solche Ausleitungen bezogen, welche von dem rivus, d. h. unmittelbar von der Leitung selbst ausgehen[80]. 2) Der Interdicent muß von der competenten Behörde die Erlaubniß erhalten haben, das Wasser auszuleiten[81]. Competent waren zur Zeit der freien Republik die

70) L. 1. §. 26. D. ibid.
71) Paullus, sent. recept. V. 6. §. 7.
72) L. 1. §. 29 u. 37. D. 43. 20.
73) L. 1. pr. §. 27. D. 43. 20.
74) L. 1. §. 1. D. ibid.: Hoc interdictum prohibitorium et interdum restitutorium est.
75) Diese Erklärung gibt L. 1. §. 23. D. ibid. an die Hand.
76) L. 1. pr. §. 10. 20. 29. D. ibid.
77) Eine Andeutung gibt nur de Retes l. c. §. XX. p. 524., aber die Natur des Interdictes ist im Zusammenhange mit dem alten Wasserrechte sehr gut erläutert von Godofredus de Winckler, de iure impetratae aquae, in den opuscula minora tom. II. vol. 1. p. 1—59.
78) L. 1. §. 38. 40. D. ibidem.
79) Vgl. Graevius, praef. ad tomum IV. thes. antiqu. Rom.
80) L. 1. §. 41. D. 43. 22. Vgl. de Winckler l. c. p. 21.
81) L. 1. §. 39. 41. D. ibid.

Censoren[82]), vielleicht auch die Aedilen; in der Kaiserzeit ging das Recht, Wasser zu gewähren, zeitig auf den Princeps über[83]), welcher es auch zur Zeit Ulpian's[84]) als eins von seinen Reservatrechten behandelt wissen wollte. 3) Der Interdicent muß im Gebrauche der Ausleitung innerhalb der ihm durch die Verleihung angewiesenen Grenzen stehen bleiben[85]), mit anderen Worten, er darf der öffentlichen Wasserleitung nur soviel Wasser entnehmen, als ihm gestattet ist (und das geschah bei den Römern nach digiti, oder nach unciae), auch darf er es gerade nur von dem Orte entleiten, welcher ihm zu diesem Behufe angewiesen ist. Auf den Mißbrauch der Erlaubniß bezieht sich die von den späteren Kaisern festgesetzte Strafe, daß das ganze Recht verloren gehen solle[86]). Im übrigen hielt man darauf, daß, wem einmal Wasser zugetheilt war, dieß ihm nach Maßgabe der Verleihung[87]) verblieb. 4) Der Interdicent muß im Besitze des Wasserzuges durch eine fremde, gewaltsame Handlung gestört worden sein[88]). Das Interdict ist prohibitorisch, bezweckt die Abwendung weiterer Störungen, und geht sonach gegen den, welcher die Störung verursacht hat. Im Beweisverfahren kommt zunächst die Verleihung selbst[89]), und dann der ordnungsmäßige Gebrauch des Privilegium in Frage. Der wirklichen Verleihung stellte man es gleich, wenn die Wasserleitung über Menschengedenken hinaus bereits bestanden hat[90]). In Rücksicht des ersten Punktes halfen die commentarii principis aus, in welchen jede einzelne Verleihung unter genauer Angabe ihres Inhaltes eingetragen war[91]). Demnach hatte das Interdict in seinem endlichen Ausgange nicht, wie andere Interdicte, eine präparatorische Bedeutung, es diente nicht zur einstweiligen Entscheidung der Besitzfrage mit Rücksicht auf andere Klagen, welche diese Entscheidung umzustoßen im Stande waren, sondern sein Zweck war vielmehr, einen definitiven Besitzstand herbeizuführen, welcher von dem Beweise der Verleihung des Wasserrechtes abhängig war[92]). Wenn das Interdict wegen eines neu zu errichtenden Werkes gebraucht wird, so hat das prätorische Edict dem Interdicenten gestattet, die cautio damni infecti wegen der aus diesem Werke für die Wasserleitung entstehenden Gefahr zu ver-

---

82) Frontinus, de aquaeductibus ed. Polen. cap. 97.

83) So schon bei Frontin l. c. cap. 103. 105. Vgl. de Winckler l. c. p. 18.

84) L. 1. §. 41. D. ibid.

85) Quominus ita, ut permissum est. L. 1. §. 39. D. 43. 22. Frontinus l. c. cap. 94. Vgl. de Winckler l. c. p. 8.

86) L. 6. Th. C. de aquaeductu. (15. 2.)

87) L. 1. §. 43 u. 44. D. 43. 22. L. 7. Th. C. 15. 2.

88) Quominus — ducat, vim fieri veto L. 1. §. 38. D. 43. 22.

89) L. 1. §. 45. D. ibid.

90) Darauf bezieht sich wahrscheinlich L. 3. §. 4. D. 43. 22., jedenfalls aber L. 7. Th. Cod. 15. 2.

91) Frontinus l. c. cap. 31. 34. 64. 75. Vgl. de Winckler l. c. p. 36. Der erste, welcher solche Commentare anlegte, war Agrippa. Frontinus l. c. cap. 98. 99.

92) Dieß ist der Sinn der dunkeln L. 1. §. 45. D. 43. 22.

langen[93]). Wahrscheinlich bezog sich dieser Zusatz zunächst auf die Bauten in Städten, welche den Wasserleitungen von Privaten leicht Eintrag thun konnten. — Die heutige Anwendbarkeit des Interdictes ist von Niemand im Ernste bezweifelt worden[94]). Am klarsten tritt sie hervor bei dem öffentlichen Röhrwasser, dessen Gebrauch durch specielle Verleihung des Stadtmagistrates Privaten übertragen werden kann. Diese Verleihung geschieht dann gewöhnlich nach ganzem und halbem Röhrwasser. Ueber die Summe dieser Verleihungen wird ein Register gehalten, welches die Namen der Berechtigten, ingleichen das ihnen zugetheilte Wassermaß genau bezeichnet — Wasserbuch genannt, und dieses Register vertritt in gewisser Beziehung die Stelle, welche im römischen Wasserrechte die commentarii principis einnehmen.

Interdicta de arboribus caedendis[95]). Unter dieser Ueberschrift werden in den Justinianischen Pandekten zwei prohibitorische Interdicte vorgetragen, welche das Fällen fremder Bäume oder anderer Gewächse betreffen, welche von dem einen Grundstücke in das andere hinüberhängen, aber sich dadurch von einander unterscheiden, daß das eine nur städtische, das andere nur ländliche Grundstücke betrifft. Das erste dieser Interdicte hat den Zweck, das Umhauen von Bäumen, welche von dem Gebäude des Einen auf das des Anderen herüberragen, dem zu ermöglichen, auf dessen Gebäude sie herabhängen. Die Voraussetzungen dieses Interdictes sind im Einzelnen folgende: 1) Es müssen zwei an einander stoßende Gebäude vorliegen. 2) Diese Gebäude müssen verschiedenen Personen eigenthümlich zugehören[96]). 3) Von dem einen Gebäude muß ein Baum oder Weinstock auf das andere hereinragen[97]). Das prätorische Edict spricht nur von Bäumen, doch hat die Doctrin die Verfügung auch auf Weinstöcke ausgedehnt[98]). 4) Der Eigenthümer des benachbarten Hauses muß vom Kläger erinnert worden sein, den Baum wegzuhauen. Auf dieses Erforderniß spielt das Edict in den Worten an: si per te

---

93) L. 1. §. 39. D. 43. 22. Vgl. de Winckler l. c. p. 54.

94) Vgl. de Winckler l. c. p. 58 sq.

95) Literatur: Hugo, Geschichte des römischen Rechtes bis auf Justinian, 11. Ausg., S. 205—207; Dirksen, über die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums und die arborum sublucatio insbesondre, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 2, Nr. 16, S. 405—431; Andreae, comm. exeg. ad tit. Dig. de arboribus caedendis. Jenae 1818.; Kirston, de coercitione arborum. Gott. 1820.; Lang, ad fragm. 1. §. 7. 8. D. de arboribus caedendis. Heidelb. 1823.; Koch, in v. Löhr's Magazin Bd. IV, Nr. 13, S. 331 flg.; Guyet, Bemerkungen aus dem Oeconomierechte, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 17, S. 31—41; Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 212—214; v. Vangerow, Leitfaden für Pandektenvorlesungen, 2. Ausg., Bd. 1, S. 480 flg.

96) Beides ist im Edict ausgedrückt mit den Worten: quae arbor ex aedibus tuis in aedes illius impendet. L. 1. pr. D. 43. 27. Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 212.

97) Impendet L. 1. pr. §. 2. 4. 5. 9. D. ibidem; imminet bei Paullus, sent. recept. V. 6. §. 13.

98) L. 1. pr. §. 3. D. ibid.

stat, quominus eam adimas: Ausdrücke, mit welchen regelmäßig der ungerechte Verzug in der Vornahme einer Handlung bezeichnet wird[99]. 5) Von der Erinnerung an muß dem Nachbar eine billige Frist zur Wegnahme des Gewächses eingeräumt werden[100]). 6) Der Nachbar muß diesen Zeitraum haben verstreichen lassen, ohne die Erinnerung zu beachten[100a]). 7) Der Interdicent muß Anstalten getroffen haben, den fraglichen Baum umzuhauen und das Holz desselben für sich zu behalten[101]), aber 8) in diesem Versuche gewaltsam gestört worden sein. Dem Zwecke des Interdictes entspricht seine prohibitorische Fassung[102]), welche jede weitere Störung der Arbeit und im Fortschaffen des Holzes verhindert, aber nicht dazu dient, eine Forderung auf Schadenersatz zu realisiren. Das Abhauen soll nach der, von Rutilius und Labeo siegreich vertheidigten Meinung von unten auf erlaubt sein, wenn schon manche Juristen[103]) die in den Justinianischen Pandekten verworfene Ansicht hatten, man dürfe den Baum nicht ganz abhauen, sondern nur die auf das fremde Gebäude herüberhängenden Aeste. Kläger ist der Eigenthümer des benachbarten Hauses[104]). Von mehreren Miteigenthümern hat jeder das Interdict in solidum, so wie auch die Befugniß, eine dem Grundstücke zustehende Servitut ganz und gar einzuklagen[105]). Auch schon der Nutznießer des Gebäudes wird zum Interdicte zugelassen[106]). Daß es auch jedem Besitzer des Grundstückes zustehe, davon sagen die Rechtsquellen nichts[107]). Beklagter ist lediglich, wer die gewaltsame Störung verübt hat. Von Einreden, welche gegen das Interdict zustehen möchten, ist nirgends die Rede. — Das zweite Interdict hat den Zweck, wenn ein Baum aus einem fremden Acker in mein Grundstück herüberragt, mir das vorschriftmäßige Kappen dieses Baumes zu ermöglichen, falls der Eigenthümer desselben ihn nicht gehörig beschneidet. Die Voraussetzungen dieses Interdictes sind: 1) Es müssen zwei an einander stoßende Landgrundstücke vorliegen[108]). 2) Diese Grundstücke müssen verschiedenen Personen eigenthümlich zugehören. 3) Von dem einen Grundstücke müssen die Aeste eines Baumes in das fremde Grundstück hinüberragen[109]). 4) Der Eigenthümer des Baumes muß an die

---

99) L. 1. pr. §. 2. 6. D. ibid.

100) Vgl. Guyet a. a. O. Th. 17, S. 39. Am deutlichsten Paulus, sent. receptarum V. 6. §. 13.: Isque conveniendus est, ut eam sublucet.

100a) Nisi dominus adimet arborem L. 1. §. 2. D. ibid. — prius itaque tibi datur adimendi facultas L. 1. §. 6. D. ibid. Paulus, sent. rec. V. 6. §. 13.: Quod si conventus id facere noluerit.

101) L. 1. pr. §. 2. 6. D. ibid.

102) L. 1. pr. §. 1. D. ibid.

103) L. 1. §. 2. 9. D. ibid. Vgl. Guyet a. a. O. Th. 17, S. 39 flg.

104) L. 1. pr. §. 4. D. ibid.

105) L. 1. §. 4. D. ibid.

106) L. 1. §. 4. D. ibid.

107) Doch behauptet es Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 213.

108) Ex agro tuo in agrum illius impendet. L. 1. §. 7. D. 43. 27. Auch Paulus (sent. rec. V. 6. §. 13.) deutet dieß an mit den Worten: arbor, quae in vicini agrum imminet.

109) S. die Stelle in der vorigen Note.

vorschriftsmäßige Beschneidung desselben erinnert[110]), ihm auch 5) eine billige Frist zur Vornahme dieser Handlung eingeräumt worden sein, 6) gleichwohl derselbe unterlassen haben, den fraglichen Baum in der angegebenen Weise zu beschneiden. 7) Der Interdicent muß Anstalt gemacht haben, diesen Baum selbst so zu beschneiden und dessen Holz für sich zu behalten, aber 8) in der Arbeit auf gewaltsame Weise gestört worden sein[111]). Dem entspricht nun die prohibitorische Fassung des Interdictes, welches nur die Abwendung künftiger Störungen bezweckt, nicht aber dazu dient, die Forderung auf Schadenersatz gegen den Beklagten zu realisiren. Rücksichtlich der Frage, wem es zusteht und gegen wen, entscheiden die Grundsätze, welche bei dem zuerst genannten Interdicte gelten[112]). Daß es aufgestellt worden sei, damit der Baumschatten des Einen den Nachbar nicht in Schaden bringe, sagt Ulpian ausdrücklich[113]), und damit hängen jedenfalls auch die weiteren Vorschriften des prätorischen Edictes zusammen, wie und in welcher Maße die Baumäste zu beschneiden sind. Die Edictworte[114]) lauten so: quominus pedes quindecim a terra eam altius coerceas. Es wird also der Erdboden als der Standpunkt angegeben, von welchem man bei der Berechnung der fünfzehn Fuß auszugehen habe[115]). Nun kann aber pedes quindecim altius nach den Gesetzen der lateinischen Sprache nichts weiter heißen als altius quam quindecim pedes. Geht man vom angegebenen Standpunkte der Erdoberfläche aus, so wird evident, daß nicht die Aeste der ersten fünfzehn Fuß als solche bezeichnet werden, die gekappt werden sollen, sondern, was von Aesten über fünfzehn Fuß, von der Erde aus gerechnet, hinausliegt, da altius entweder nur tiefer oder höher heißen kann und die erste Bedeutung hier unzulässig scheint, weil man von der Erdoberfläche ausgehend nicht an die Aeste, sondern an die Wurzeln kommen würde. Es bleibt somit für den vorliegenden Fall nur noch die andere Bedeutung des Wortes übrig, und diese ergibt nothwendiger Weise den Sinn, welcher im Obigen der Stelle untergelegt worden ist. Diese Erklärung wird auch von den Basiliken[116]) auffallend begünstigt, welche die Stelle so wiedergeben: ein Baum, welcher von meinem Acker in den

---

110) Am deutlichsten Paullus l. c. Auch wird in der Interdictformel die mora des dominus geradezu vorausgesetzt.

111) Vim fieri veto L. 1. §. 7. D. ibid.

112) L. 1. §. 9. D. ibid.

113) L. 1. §. 8. D. ibid. Man hat diesen Grund gegen den Zusammenhang der Stelle wohl auf das Zwölftafelgesetz beschränkt, und gemeint, im Edicte sei nicht sowohl der Schatten, als vielmehr das Ueberhängen der Aeste als Grund des Interdictes bezeichnet. Vgl. Hugo a. a. O. S. 207.

114) L. 1. §. 7. D. ibid.

115) In Bezug auf diesen Standpunkt heißt es auch in L. 1. §. 9. D. ibidem: Si vero agro impendeat, tantum usque ad quindecim pedes a terra coerceri (Ulpian).

116) Basilica 60. 16. them. 13. ed. Fabroti tom. VII. p. 393.: τὸ ἐκ τοῦ ἀγροῦ σου δένδρον ἐπηρτημένον τῷ ἀγρῷ μου, ἐὰν ὑπὲρ δεκαπέντε πόδας εἴη ὑψηλόν, καὶ μὴ κλαδεύσῃς αὐτό, φησὶν ὁ πραίτωρ ἐμὲ κλαδεύειν καὶ τὰ ξύλα ἐπαίρειν. Noch deutlicher die glossae nomicae bei Labbäus p. 48. Vgl. Hugo a. a. O. S. 206.

beinigen herüberhängt, kann in der Voraussetzung, daß er über fünfzehn Fuß hoch ist, und nicht von dir gekappt wird, nach der Vorschrift des prätorischen Edictes von mir gekappt werden. Diese Auffassung der Sache setzt nun voraus, daß Bäume unter fünfzehn Fuß gar nicht gekappt wurden, und dieß ist nur von dem oben angenommenen Standpunkte aus erklärlich. Ferner entspricht diese Erklärung ganz dem Gesichtspunkte, von welchem der Prätor ausging, daß der nachbarliche Baumschatten dem anliegenden Grundstücke keinen Schaden thun solle, und daß dieser Gesichtspunkt auch schon im früheren Rechte festgehalten worden ist, ergibt sich aus einer ähnlichen Verfügung des Zwölftafelgesetzes[117]. Man[118]) hat wohl als Gegengrund geltend gemacht, daß Feldbäume in guten Gegenden gleich von unten auf sich ausbreiten; aber das beweist weiter nichts, als daß auch die ersten 15 Fuß Schatten geben können, und das nun hat wohl Niemand im Ernste bezweifelt. Der erste, welcher die hier vertheidigte Auslegung geltend gemacht hat, ist Hugo, und ihm ist Unterholzner[119]) gefolgt, wenn schon die meisten neueren Juristen sich für die gewöhnliche Ansicht erklärt haben, daß nach dem Inhalte des prätorischen Edictes nur die Aeste binnen der ersten fünfzehn Fuß von der Erde an gerechnet abgehauen werden sollen[120]). Mittelmeinungen, die aber sämmtlich nichts taugen, haben aufgestellt Kirsten, welcher sagt, daß Grenzbäume, was in Italien gewöhnlich Pappeln seien, in einer Höhe von 15 Fuß ganz abgeschnitten werden müßten[121]), und Guyet[122]), welcher meint, die durch das Interdict sanctionirte Selbsthilfe beziehe sich zwar nur auf die Aeste der unteren fünfzehn Fuß, allein auch die weiteren Aeste müßten gekappt werden, nur stehe hier die Befugniß sie abzuschneiden nicht dem Beeinträchtigten, sondern lediglich dem Eigenthümer des Baumes zu, der freilich zur Vornahme dieser Handlung mit den geeigneten Civilklagen gezwungen werden könne. In der That wird neben der Interdictklage zu ähnlichen Zwecken auch die negatoria actio angestellt werden können. — Wie die Vorschrift des Edictes mit dem früheren Rechte zusammenhängt, darüber fehlt es uns an hinreichenden Nachrichten. Jedoch wird bezeugt, daß die Zwölftafeln bereits den gleichen Zweck verfolgt, und eine dem prätorischen Interdicte ähnliche Disposition enthalten haben. Wahrscheinlich bezieht sich auf das in Frage stehende Zwölftafelfragment der Ausdruck sublucare, welcher bei Festus[123]) und Paulus[124]) vorkommt, und von diesem wird bezeugt, daß er

117) L. 1. §. 3. D. 43. 27.: Quod ait praetor, et lex duodecim tabularum efficere voluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur.

118) Thibaut, civilist. Abhandlungen Nr. I, S. 1.

119) A. a. O. Th. 2, S. 213.

120) Vgl. Dirksen a. a. O. Th. 2, S. 429. Thibaut a. a. O. S. 1, Note 2. v. Vangerow, Leitfaden für Pandektenvorlesungen Th. 1, S. 481.

121) Diss. cit.

122) A. a. O. Bd. 12, S. 31 flg.

123) Festus, s. v. sublucare ed. Dacier p. 538. Dirksen a. a. O. Th. 2, S. 431.

124) Sent. recept. V. 6. §. 13.

soviel heiße, als die Aeste der Bäume unten wegschneiden[125]). Wenn aber daraus gefolgert wird[126]), daß demnach das Zwölftafelgesetz sich nur auf das Ausschneiden der unteren, nicht auf das der höheren Aeste bezogen habe, so ist dieß unrichtig, da supputare nicht heißt die unteren Aeste wegschneiden, sondern die Aeste von unten wegschneiden, was ja bei der Beschneidung der Baumäste überall gewöhnlich ist. Ueberhaupt wendet auch Paulus[127]) das Wort auf beide Interdicte an, welche in diesem Pandektentitel vorkommen, wobei er natürlich die Meinung derer getheilt zu haben scheint, welche bei dem Herüberhängen des Baumes auf ein fremdes Gebäude nur das Kappen der Aeste, nicht aber das Abschneiden des Baumes von der Wurzel aus gestattet haben.

Analog sind die Interdicte auch auf Baumwurzeln angewendet worden, welche von dem einen Grundstücke sich in das anliegende erstrecken und dadurch den Nachbar in Schaden bringen[128]); daneben ist zu gleichem Zwecke auch die negatoria actio gestattet worden[129]), freilich mit dem Unterschiede, daß hier die Befugniß die Wurzeln abzuhauen nicht, wie bei dem Interdicte, dem Beschädigten, sondern dem Eigenthümer des Baumes zusteht[130]).

Interdictum de clandestina possessione[131]) heißt in der Kunstsprache der neueren Juristen das Interdict, welches zusteht, wenn Jemand, dessen Widerspruch man zu fürchten hatte, die Apprehension des Besitzes verheimlicht worden ist[132]). Die Voraussetzungen des Interdictes bestimmen sich lediglich nach dem Anfangspunkte des Besitzes, nicht nach der Folgezeit[133]); dazu gehört jedenfalls auch eine Besitzverletzung, weil ohne diese Interdictschutz überhaupt nicht denkbar ist; auch bezieht sich das Interdict wahrscheinlich nur auf den Besitz unbeweglicher Sachen. Daß für die clandestina possessio im classischen Pandektenrechte ein eigenes Interdict aufgestellt war, erfahren wir ganz beiläufig aus dem Zeugnisse des Julian[134]), für die frühere Zeit ist auch eine Stelle des Cicero[135]) beweisend; dagegen wird es weder in den Justinianischen Pandekten noch im Codex noch in

---

125) Sublucare arbores est ramos earum supputare et veluti subtus lucem mittere. Conlucare autem succisis arboribus locum implere luce Festus, sub h. v. Dazu führt Dacier eine Stelle aus den alten Glossen an: subluco ὑποκαθαίρω, was auf dasselbe hinauskommt.

126) So Dirksen a. a. O. Bd. 2, S. 431.

127) Sent. recept. V. 6. §. 13.

128) L. 1. C. de interdictis. (8. 1.)

129) L. 6. §. 2. D. arborum furtim caesarum. (47. 7.)

130) Vgl. Guyet a. a. O. Bd. 12, S. 40 flg.

131) Literatur: S. statt aller v. Savigny, das Recht des Besitzes §. 41, S. 547—555, 6. Ausg. Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 119.

132) L. 6. pr. L. 40. §. 2. D. de adquirenda vel omittenda possess. (41. 2.)

133) L. 40. §. 2. D. ibid. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 548.

134) L. 7. §. 5. D. communi dividundo. (10. 3.)

135) Cic. de lege agraria in Rullum III. 3.

den Institutionen im Zusammenhange mit dem Interdictensysteme erwähnt. Das Verschwinden des Interdictes hängt wahrscheinlich mit der Ausbildung der juristischen Regel zusammen, daß der Besitz von Grundstücken durch die Abwesenheit des Besitzers nicht aufhört, mithin auch heimlicher Besitz nicht entstehen kann, wenn zu derselben Zeit der Gegner das Grundstück occupirt[136]). Demnach geht, was sonst zur clandestina possessio gerechnet wurde, nach der neueren Doctrin nach Verschiedenheit der Fälle bald im interdictum uti possidetis, bald im interdictum de vi[137]) auf.

Interdicta de cloacis heißen in der Kunstsprache der römischen Juristen die Interdicte, welche zur Reinigung der privaten Schleusen und zur Erhaltung der öffentlichen im prätorischen Edicte aufgestellt sind[138]). In den Justinianischen Pandekten werden zwei solcher Rechtsmittel angegeben. Das eine ist prohibitorisch, und steht dem zu, welcher an der Reinigung und Ausbesserung einer Privatschleuse verhindert wird. Die Bedingungen sind im Einzelnen folgende: 1) Es muß eine Privatschleuse vorliegen[139]). Die öffentlichen Cloaken stehen unter der Aufsicht des Staates, bedürfen daher keines besonderen Interdictes. 2) Diese Schleuse muß aus dem Hause des Interdicenten in das Grundstück des Prohibenten hinüber reichen[140]). Zwar nennt das Edict zunächst nur Gebäude, allein das Interdict ist durch Interpretation auf alle Grundstücke ausgedehnt worden, selbst auf den Fall, wenn es sich darum handelt, eine Privatschleuse in eine öffentliche auszuleiten[141]). Das Aneinanderstoßen der Grundstücke kommt nicht weiter in Betracht, daher ist das Interdict auch gegen entferntere Grundbesitzer zuständig, wofern nur die Schleuse ihr Grundstück berührt[142]). 3) Es muß die Reinigung oder Wiederherstellung der Schleuse bereits angefangen, oder wenigstens die Vorarbeit dazu begonnen haben, 4) auch die Arbeit gewaltsam gestört worden sein[143]). 5) Der Gestörte muß sich zur Leistung der cautio damni infecti erbieten, falls durch die Arbeit etwa dem Nachbar Schaden zugefügt werden sollte[144]). Doch kann aus der Caution nicht auf Schadenersatz geklagt werden, insofern der Schade mit der Arbeit unzertrennlich verbunden[145]), und durch diese gewissermaßen nothwendig geworden ist. Das Interdict bezweckt nur die Verhütung künftiger Störungen[146]), selbst wenn sie in der Form

---

136) Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 407—416.
137) L. 6. §. 1. L. 7. D. 41. 2. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 414 flg.
138) L. 1. §. 3. D. 43. 23.
139) Vgl. Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2. S. 205.
140) Quae ex aedibus eius in tuas pertinet. L. 1. pr. §. 8. D. ibid.
141) L. 1. §. 9. D. ibid.
142) L. 1. §. 11. D. ibid.
143) L. 1. pr. §. 5. D. ibid.
144) L. 1. pr. §. 12 u. 14. D. ibid.
145) L. 1. §. 12. D. ibid.
146) Ebendaselbst.

der operis novi nunciatio ausgebracht werden sollten[147]); von Schadenersatz wegen der ersten Störung ist nirgends die Rede. Die Einreden der vitiosa possessio und der Verjährung bleiben völlig ausgeschlossen[148]), und zwar die erste aus Gründen für das öffentliche Wohl, weil die Stadt darunter leiden würde, wenn die Reinigung und Ausbesserung der Privatschleusen gehindert oder verzögert würde. — Das andere Interdict ist prohibitorisch und restitutorisch[149]), und bezweckt die Unterlassung von Bauten, welche die öffentlichen Schleusen verschlechtern würden[150]). Seine Bedingungen sind 1) daß eine öffentliche Schleuse vorliegt. 2) Daß Jemand etwas gebaut oder sonst in dieselbe eingelegt habe, wodurch ihr Gebrauch gehindert wird, oder etwas dergleichen thun wolle[151]). Auf die Verhinderung des künftigen Baues bezieht sich der prohibitorische Theil des Interdictes; auf die Entfernung des bereits eingelegten Hindernisses der restitutorische[152]). Der Zweck des Interdictes ist die Abstellung des Hindernisses, und resp. der Schadenersatz für die verursachte Störung, auch Sicherheit vor ähnlichen Hindernissen in der Zukunft. Einreden sind ganz unzulässig. Von der Anlegung neuer Schleusen hat der Prätor nicht gesprochen. Gleichwohl hat Venulejus[153]) nach dem Vorgange des Labeo auch hier die Zuständigkeit eines prohibitorischen Interdictes angenommen unter folgenden Voraussetzungen: 1) daß die Schleuse auf öffentlichem Grund und Boden geführt wird, 2) daß die Erlaubniß zum Neubau vom competenten Magistrate ertheilt worden ist, 3) daß der Erbauer in der Arbeit von einem Dritten gestört wird.

Interdictum de fluminibus et ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur. Unter diesem Titel[154]) werden in den Justinianischen Pandekten zwei Interdicte vorgetragen, ein prohibitorisches und ein restitutorisches, welche den Zweck haben, Anlagen zu verhindern, welche die Befahrung eines öffentlichen Flusses erschweren oder zu erschweren drohen. Das prohibitorische Interdict, welches voransteht, hat folgende Voraussetzungen: 1) Es muß ein öffentlicher Fluß vorliegen[155]). Oeffentlich sind nach römischen Ansichten nicht gerade alle immerfort fließenden Gewässer, sondern nur die, welche ihrer Größe nach als Flüsse zu betrachten sind[156]); im Gegensatze der temporären Wasserströme (torrentia), welche durch die Regenzeit und

---

147) L. 1. §. 13. D. ibid.
148) L. 1. §. 7. D. ibid.
149) L. 1. §. 1 u. 15. D. ibid.
150) L. 1. §. 15 u. 16. D. ibid.
151) Ebendaselbst.
152) L. 1. §. 16. D. ibid.
153) L. 2. D. ibid.
154) Litteratur: de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pars V. nr. I. in thesaurus iuris ed. Meermann tom. VII. p. 528 sq. Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 191—193.
155) L. 1. §. 4. D. 43. 12.
156) L. 1. §. 3. L. 3. pr. D. ibid. Vgl. Funke, Beiträge zum Wasserrechte, im Archiv für civ. Praxis Bd. 12, S. 275—279.

Ungewitter veranlaßt werden [157]), auf der einen Seite und der Bä (rivi) auf der anderen [158]). Was Fluß oder Bach sei, soll nach d Größe des Gewässers beurtheilt werden, und, wofern auf diesem Wa die Frage nicht entschieden werden kann, nach der Meinung der Anwo ner [159]). Indeß ist das Interdict schon zur Zeit der classischen Juristen auf Canäle angewendet worden, durch welche ein öffentlicher Fluß gan oder theilweise geleitet wird [160]). Auch wenn die Schifffahrt im Mee durch Bauten beeinträchtigt zu werden droht, ist das Interdict nach La beo's Meinung zulässig [161]), freilich mit veränderter Fassung. 2) In diesem Flusse oder an dessen Ufern muß eine Anlage versucht werden, welche die Schifffahrt beeinträchtigt oder zu beeinträchtigen droht [162]). Solche Anlagen bezeichnet das prätorische Edict kurzweg mit den Worten in flumine publico ripave eius facere, immittere. Dabei ist es gleichgiltig, ob durch die Anlage das Fahrwasser ganz oder zum Theile entzogen, oder durch die Ausbreitung oder Verengung des Flußbettes die Schifffahrt erschwert, oder die Landung verhindert, oder Ankerplätze unsicherer gemacht werden [163]). Selbst die Veränderung der Flußdoggen und die Zerstörung der Leinenpfade und das Schlagen von Brücken über den Fluß gehört in diese Kategorie [164]). Hieraus erhellt zur Genüge, daß das Interdict eigentlich nur schiffbare Flüsse angeht, einerlei, ob sie mit wirklichen Schiffen, Kähnen oder Flößen befahren werden [165]); indessen hat die Doctrin es nach Labeo's Vorgange auch auf solche angewendet, welche nicht schiffbar sind [166]). 3) Wer die Anlage versucht, darf nicht zu deren Vornahme berechtigt sein. Wer nämlich die Befugniß zum Baue hat, dem steht die Einrede zu: extra quam si quid ita factum sit, uti de lege fieri licuit [167]). Das Rechtsmittel ist seiner Fassung nach prohibitorisch [168]), es bezweckt also nur die Verhinderung der Anlage für die Zukunft, steht jedem aus dem Volke zu und dauert auch über Jahresfrist hinaus. Die Einrede, daß die Anlage zur Befestigung des Ufers nöthig sei, wird nicht berücksichtigt [169]). — Das zweite Interdict, wodurch der Besitzer der Anlage gezwungen werden kann, Alles, was in den öffentlichen Fluß oder an dessen Ufern errichtet oder dahin eingelegt worden ist, wegzunehmen, falls die Schifffahrt durch die Anlage beeinträchtigt wird [170]), ist seiner Fassung nach dem ersteren sehr ähnlich, nur daß es seiner Natur nach

157) L. 1. §. 2. D. ibid.
158) L. 1. §. 1. D. ibid.
159) Ebendaselbst.
160) L. 1. §. 8. D. ibid. Vgl. de Retes l. c. §. 4. p. 528.
161) L. 1. §. 17. D. ibid.
162) L. 1. pr. §. 12. 14 u. 15. L. 3. D. ibid.
163) L. 1. §. 14 u. 15. D. ibid. L. 2. D. ibid.
164) L. 1. §. 14. L. 4. D. ibid.
165) L. 1. §. 14. D. ibid.
166) L. 1. §. 12 u. 18. D. ibid.
167) L. 1. §. 16. D. ibid.
168) L. 1. §. 20. D. ibid.
169) L. 1. §. 16. D. ibid.
170) L. 1. §. 19. D. ibid.

restitutorisch ist[171]). Daher die Erfordernisse desselben die nämlichen sind wie die des obigen, nur daß die Vollendung der Anlage vorausgesetzt wird. Beklagt wird nicht sowohl, wer die Anlage gemacht hat, als wer sie zur Zeit des Interdictes in Besitz hat[172]), weil nur er im Stande ist, den alten Zustand wieder herzustellen. Die Restitution selbst geht auf Herstellung dieses früheren Zustandes, also auf Wegräumung des Hindernisses u. s. w. Erfolgt sie nicht, so wird der Beklagte condemnirt. — Außerdem scheint die Wiederherstellung des vorigen Zustandes auch jedem aus dem Volke erlaubt gewesen zu sein, da zu diesem Zwecke ein prohibitorisches Interdict zustand, wenn der, welcher das Hinderniß hinwegräumt, dann gewaltsam gehindert wird[173]). Daß dieß in den Justinianischen Pandekten nur beiläufig erwähnt wird, erklärt sich aus der Einführung des restitutorischen Interdictes, welches einen volleren Schutz gewährte und mithin das prohibitorische in Vergessenheit gebracht haben mag.

Interdicta de fonte heißen in der Kunstsprache der römischen Juristen die prohibitorischen Interdicte, welche dem zustehen, welcher entweder im Besitze der Befugniß, Wasser auf fremdem Grund und Boden zu schöpfen, gestört, oder an der Reinigung des fremden Brunnens, aus dem er bisher geschöpft hat, verhindert wird[174]). Die gemeinschaftlichen Bedingungen dieser Interdicte sind: 1) Das Gewässer, an welchem die Befugniß ausgeübt wird, muß immer laufendes Wasser enthalten[175]). Demnach sind die Interdicte ausgeschlossen bei Cisternen, in welchen sich nur Regenwasser ansammelt, auch bei allen anderen Wasserbehältern, welche keine aqua viva haben[176]). 2) Die Befugniß muß am Gewässer, wie es im natürlichen Laufe dahinfließt, ausgeübt werden[177]). Daher sind die Interdicte nur dann zuständig, wenn sie an der Quelle selbst zusteht, oder bei Flüssen am Anfange des Ausleitungsgrabens. Doch hat sie auch schon der Prätor auf künstliche Wasserbehälter ausgedehnt, auf Brunnen, piscinae, lacus[178]). 3) Der Gebrauch muß binnen eines bestimmten Zeitraumes stattgefunden haben. Das prätorische Edict setzt nur den Besitz des letzten Jahres voraus[179]), und zwar bei dem Interdicte, welches zum Schutze des Gebrauches aufgestellt ist, steht dieß Erforderniß im Edicte; bei dem anderen, welches die Reinigung des Brunnens bezweckt, ist dieß indirect in der Verfügung enthalten, daß das

171) L. 1. §. 19. D. ibid. restituas. L. 1. §. 20. D. ibid.
172) L. 1. §. 21 u. 22. D. ibid.
173) L. 1. §. 12. D. ibid.
174) Literatur: Barthol. Caepolla, de servitutibus rusticorum praediorum cap. 7. p. 388.; de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pars IV. im thesaurus iuris ed. Meermann tom. VII. p. 527. Eine Andeutung gibt auch v. Savigny, das Recht des Besitzes, 6. Ausg., S. 600.
175) L. 1. §. 4. 6 u. 7. D. 43. 22.
176) L. 1. §. 4. D. ibid.
177) L. 1. §. 7. D. de aqua quotidiana. (43. 20.)
178) L. 1. pr. §. 10. D. 43. 22.
179) L. 1. pr. §. 5. D. ibid.

Wasser nicht anders gebraucht werden solle, als es im letzten Jahre geschehen ist. 4) Es muß eine gewaltsame Störung vorgefallen sein[180]). Der Charakter dieser Störung ist nach den Interdicten verschieden. Bei dem, welches den Schutz in der Ausübung bezweckt, muß die Prohibition natürlich den Gebrauch selbst betroffen haben, wohin auch gerechnet wird, daß man im Gehen über das fremde Grundstück zum Zwecke des Gebrauches behindert wird[181]). In dem Interdicte, welches zur Ausbesserung des Brunnens gegeben wird, muß die Störung natürlich die Arbeit selbst oder wenigstens ihre Vorbereitung betroffen haben. — Besondere Bedingungen dieses letzten Interdictes sind noch folgende: 1) Es muß die Ausbesserung des Brunnens schon angefangen haben oder wenigstens vorbereitet worden sein. 2) Bei dieser Arbeit darf nicht die Sachlage des letzteren Jahres verändert worden sein[182]). Das Edict erwähnt hier: fontem purgare, reficere, was auf Reinigung und Ausbesserung des Brunnens deutet, soweit dieß nothwendig erscheint, um die Quelle zusammenzuhalten[183]). Bei der Eröffnung neuer Wasserwege wird die Prohibition nicht gehindert. Der Zweck der Interdicte ist lediglich die Abwendung der Störung für die Zukunft; beide sind prohibitorischer Natur, von Schadenersatz ist nirgends die Rede. Sie sind zum Schutze der servitus aquaehaustus und pecoris ad aquam appulsus eingeführt[184]), doch tritt natürlich die Frage über die Zuständigkeit dieser Servituten im Interdictverfahren zurück, da sie in das Petitorium gehört. Der durch die Interdicte herbeigeführte Besitzstand ist blos provisorisch und dauert nur so lange, bis der Beklagte im Petitorium die Nichtzuständigkeit der Servitut ausführt. Die Frage, unter welchen Personen sie zustehen, entscheidet sich nach Analogie der interdicta de aqua[185]). Demnach gehen sie activ nicht blos auf die Erben und die übrigen Universalsuccessoren über, sondern sie werden auch den Singularsuccessoren, z. B. dem Käufer, gestattet. Von Einreden, welche dagegen zulässig sind, kommt in den Justinianischen Pandekten nur die der vitiosa possessio vor, und auch diese wirkt nur, insofern sie auf den Besitzstand des letzten Jahres bezogen wird[186]) und in den Verhältnissen des Klägers zu dem Beklagten ihren Grund hat[187]).

Interdictum de glande legenda[188]) heißt in der Kunstsprache der römischen Juristen das prohibitorische Interdict, welches zum Schutze

---

180) Vim fieri veto L. 1. pr. §. 6. D. ibid. Vgl. L. 1. §. 5. D. ibid.
181) L. 1. §. 5. D. ibid.
182) L. 1. §. 9. D. 43. 22.
183) L. 1. §. 6 u. 8. D. ibid.
184) L. 1. §. 1 u. 2. 7. D. ibid.
185) L. 1. §. 3 u. 11. D. ibid.
186) Uti hoc anno nec vi nec clam nec precario — usus es L. 1. pr. D. ibid. dum ne aliter utaris, atque uti hoc anno non vi, non clam, non precario usus es. L. 1. §. 6. D. ibid.
187) Ab illo usus es L. 1. pr. §. 6. D. ibidem.
188) Literatur: Thibaut, civilistische Abhandlungen Nr. 1, über das

des Auflesens und Einsammelns von Früchten zusteht, welche von unserem Baume auf das Grundstück des Nachbars herüber fallen. Die Bedingungen dieses Rechtsmittels sind im Einzelnen folgende: 1) Es müssen zwei an einander stoßende Landgrundstücke vorliegen[189]). 2) Diese Grundstücke müssen verschiedenen Personen eigenthümlich zugehören. 3) Von dem, auf dem einen Grundstücke stehenden Baume müssen Früchte auf das andere herübergefallen sein. 4) Diese Früchte müssen noch in der Natur der Dinge existiren[190]). 5) Der Eigenthümer des Baumes muß in erlaubter Weise Anstalt gemacht haben, diese Früchte auf dem fremden Grundstücke aufzulesen und fortzutragen, 6) doch in dieser Arbeit gewaltsamer Weise gestört worden sein[191]). Unter diesen Voraussetzungen wird das Interdict gegeben, welches den Zweck hat, den Eigenthümer vor künftigen Störungen im Auflesen und Forttragen der Früchte zu bewahren[192]), seiner Fassung nach prohibitorisch ist, sich also nicht auf den Ersatz des zugefügten Schadens bezieht. Wahrscheinlich hängt die Verfügung des Edictes mit älteren Rechtsgrundsätzen zusammen; schon das Zwölftafelgesetz hatte Aehnliches verfügt zum Schutze gegen wenig nachbarliches Betragen bei dem Auflesen der Früchte auf fremdem Grund und Boden[193]). Im prätorischen Edicte wird nur das tertio quoque die legere, auferre (glandem)[194]) als erlaubt dargestellt, und wie dieß auszulegen sei, ist immer sehr streitig gewesen. Nach der einen Meinung soll der Eigenthümer nur das Recht haben, die Früchte von je drei Tagen auf einmal einzusammeln und fortzutragen[195]), und dann wäre quoque unfehlbar als Ablativ anzusehen, der von dem Zahlworte abhängt. Diese Meinung ist auch nach dem Vorgange von Azo von den meisten neueren Gelehrten vertheidigt worden[196]), während eine andere, schon den Glossatoren bekannte Ansicht das quoque für eine Par-

---

Interdictum de glande legenda S. 1—6; Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 211.

189) L. un. pr. D. quae ex illius agro in tuum cadat. (43. 28.)

190) L. 9. §. 2. D. ad exhibendum. (10. 4.)

191) Vim fieri veto. L. un. pr. D. ibid.

192) L. un. pr. D. ibid.

193) Plin. hist. 16. 5. cautum est in lege XII. tabularum, ut glandem in fundum alienum procidentem liceret colligere. Vgl. Hugo's Geschichte des römischen Rechtes, 11. Ausg., S. 205.

194) L. un. pr. D. ibid. L. 9. §. 4. D. ad exhibendum. (10. 4.)

195) So die Basilica lib. 15. tit. 4. them. 9. §. 1. ed. Heimbach tom. I. p. 175. *καὶ τὴν ἐκ νόμου παραγγελίαν τὴν περὶ ἐκλογῆς βαλάνου, ἐφ' ᾧ συναγαγεῖν τὸν καρπὸν ἐπὶ τρεῖς ἡμέρας.* Auch haben die Worte des Pseudo-Eustathius (*αἱ ῥοπαὶ* ed. Zachariae p. 128.) *τὸ ἰντέρδικτον — ἄχρι τριῶν ἡμερῶν τοῦ συλλέγειν μοι τοὺς βαλάνους σωζομένους* für die, welche des Griechischen mächtig sind, keine andere Bedeutung. Ganz mißverstanden hat diese Stelle Thibaut a. a. O. S. 3.

196) Vgl. Thibaut a. a. O. S. 3—6. Hugo a. a. O. S. 205, Note 1. Dirksen, über die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 2, S. 424. Guyet, Bemerkungen aus dem Oeconomierechte, im Archiv für civil. Praxis Th. 17, S. 64 flg. v. Vangerow, Leitfaden für Pandektenvorlesungen Bd. 1, S. 479. Unterholzner a. a. O. Th. 2, S. 211.

tikel hält, und also die fraglichen Stellen so auslegt, als habe der Prätor die Dauer des Interdictes auf drei Tage festgesetzt; darnach dürfte man also vom Augenblicke des Ueberfalles an gerechnet drei Tage hindurch zu jeder Zeit das Obst auflesen, nachher werde es herrenlos, oder könne wenigstens nur durch die gewöhnlichen Actionen verfolgt werden[197]). Immerhin bleibt auch bei der richtigen Interpretation zweifelhaft, ob tertio quoque die auf den Zwischenraum von je zwei oder von je drei Tagen gedeutet werden solle. Für das erste haben sich viele Auctoritäten der neueren Schule erklärt[198]), allein auch das letztere[199]) ist mit dem römischen Sprachgebrauche vereinbar, nach welchem bei Ordinalzahlen der Anfangspunkt, von dem man ausgeht, in die Zahl bald eingerechnet, bald ausgeschlossen wird[200]). Für diese Auslegung spricht a) eine öffentliche Gesetzurkunde aus der Zeit des zweiten Triumvirates, welche die Worte quintum quemque (limitem) facito pedes XII[201]) enthält, und von den Zeitgenossen so ausgelegt ward, daß fünf volle Centurien in der Mitte liegen sollten, wenn schon die späteren Agrimensoren sie irrthümlicher Weise nur von vier Centurien verstanden haben[202]). b) Die Zeugnisse der griechischen Ausleger, welche tertio quoque die mit ἐπὶ τρεῖς ἡμέρας, ἄχρι τριῶν ἡμερῶν[203]) übersetze, also den Anfangspunkt nicht mitgerechnet haben. Man kann freilich entgegnen, daß diese Zeugnisse für die Zeit, wo das prätorische Edict abgefaßt wurde, nicht als Instanz gelten können. Allein es handelt sich für das geltende Recht hauptsächlich um die Auslegung dieser Fragmente vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes aus; gerade dieser wird aber durch jene Zeugnisse um so sicherer bestimmt, da die Schrift über die Zeitabschnitte ein Auszug aus einem größeren Werke ist, das einem Schriftsteller angehört, der bald nach Justinian lebte, ferner ist der Basilikentext meistens aus der ἔκδοσις des Anonymus geschöpft, welcher nach neueren Untersuchungen in das Justinianische Zeitalter hinaufgerückt werden muß. — Von Einreden, welche gegen das Interdict zustehen, kommt die der Verjährung in den Justinianischen Pandekten nicht vor, und daß man seit den Glossatoren eine Verjährung von 3 Tagen dafür angenommen hat, beruht lediglich auf einem Mißverständnisse, das bereits Thibaut hinreichend aufgedeckt hat. Wohl aber wird die Einrede der nicht gestellten cautio damni infecti zugelassen, welche zwar nicht in dem Pandektentitel vor-

197) Vgl. die Literatur bei Thibaut a. a. O. S. 3.

198) Dirksen a. a. O. Bd. 2, S. 424. Schweppe, juristisches Magazin I. S. 142. Roßhirt, in seiner Zeitschrift Bd. 1, S. 117. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 211.

199) So Guyet a. a. O. Th. 17, S. 64—76. v. Vangerow a. a. O. Th. 1, S. 480.

200) Dieser doppelte Sprachgebrauch ist jetzt auf überzeugende Weise nachgewiesen worden von Savigny, System des heutigen römischen Rechtes Bd. 4, Beil. 11, S. 602—616.

201) Frontinus, de coloniis ed. Goesius p. 111. 183.

202) Vgl. v. Savigny a. a. O. Bd. 4, S. 612 flg.

203) Vgl. die Stellen in Note 195.

kommt, der unser Interdict speciell behandelt, wohl aber in einer anderen Stelle[204]) von Ulpian nach dem Vorgange von Pomponius als Vorbedingung des Interdictes genannt wird. — Mit dem Interdicte concurrirt zu gleichem Zwecke die ad exhibendum actio[205]), jedoch mit dem Unterschiede, daß diese auch im Falle der dolosen Fruchtconsumtion eine Condemnation erwirkt, weil, wer durch eigenen Dolus die Exhibition unmöglich gemacht hat, eben so gehalten wird, als wenn sie fernerhin noch möglich wäre; und daß, wenn die Frucht noch in Natur vorhanden ist, die Exhibition nicht durch die Handlung des Klägers, sondern durch die des Beklagten und auf dessen Kosten herbeigeführt werden muß.

Interdictum de homine libero exhibendo[206]) heißt das Interdict, womit ein jeder aus dem Volke die Losgebung eines freien Menschen erzwingt, falls er im Gebrauche seiner persönlichen Freiheit von Jemand dolose verhindert wird. Die Erfordernisse des Interdictes sind: 1) Es muß sich um die Persönlichkeit eines anerkannt freien Menschen handeln[207]), einerlei, welchem Geschlechte er angehört, ob er sui iuris oder alieni iuris ist, und ob er von seiner Freiheit unterrichtet ist oder nicht[208]). Wo Zweifel entsteht, ob die betreffende Person frei sei, fällt das Interdict weg, und es bleibt dann für die status controversia nur das Petitorium übrig[209]), und diesem soll durch den Interdictenprozeß nicht präjudicirt werden. 2) Diese Person muß von Jemand im Gebrauche ihrer Freiheit beschränkt werden. Diese Beschränkung drückt das prätorische Edict mit dem Worte retines aus[210]). Als Beispiele solcher Beschränkungen werden genannt: das Fesseln, Verheimlichen, Einsperren freier Personen[211]), oder das Auftraggeben zu solchen Handlungen; wahrscheinlich kamen hier alle Handlungen in Betracht, zu welchen der Beklagte nach den Regeln des Civilrechtes nicht besonders befugt war. Selbst Verhinderung am Fortgehen konnte unter Umständen in Betracht kommen[212]). 3) Diese Beschränkung muß in ihren Folgen bis zur Zeit andauern, wo das Interdict angestellt wird[213]). 4) Wer diese Beschränkung verursacht, muß in dolo malo befindlich sein[214]). Aus diesem Grunde findet das Interdict nicht statt gegen die, welche von der

---

204) L. 9. §. 1. D. ad exhibendum. (10. 4.)

205) L. 9. §. 1. cit.

206) Literatur: de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pte. V. §. 37—39. im thesaurus iuris ed. Meermann tom. VII. p. 538. Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 214 flg.

207) L. 1. §. 1. L. 3. §. 1. D. 43. 29.

208) L. 4. pr. D. ibid.

209) L. 3. §. 7. D. ibid.

210) L. 1. pr. D. ibid. Vgl. L. 1. §. 1. L. 3. §. 2—4. D. ibid. Detineri braucht Paullus (sent. V. 6. §. 14.)

211) Paullus, sent. V. 6. §. 14.

212) Arg. L. 2. D. 43. 29.

213) Retines. L. 1. pr. D. ibid. Darauf deutet auch die Erklärung von: exhibeas in L. 3. §. 8. D. ibid.

214) L. 1. pr. L. 3. §. 2—6. L. 4. pr. §. 2. D. 43. 29.

Freiheit der retinirten Person nicht unterrichtet sind, außer von dem Zeitpunkte an, wo sie von diesem Umstande in Kenntniß gesetzt werden[215]; auch nicht gegen die, welche zum Retiniren entweder berechtigt sind oder es zu sein glauben, z. B. gegen den Vater in Rücksicht seines Haussohnes[216]; gegen den Ehemann, der seine Frau vorenthält[217]; gegen den, welcher einen Gefangenen aus der Gefangenschaft losgekauft hat und ihn pfandweise retinirt[218]; endlich steht es nicht zu gegen solche, welche die Beschränkung aus Zuneigung und Liebe verursachen, z. B. wenn der Vater sein emancipirtes Kind, oder der Patron seinen Freigelassenen, oder die Pflegeeltern ihr Pflegekind retiniren[219]. 5) Der Beschränkte darf zu der Beschränkung seiner Freiheit nicht seine Zustimmung erklärt haben[220]. Diese Einwilligung schließt den dolus malus von Seiten des Beschränkenden aus. Erzwungene oder erschlichene Einwilligung wird als null und nichtig betrachtet. — Unter diesen Voraussetzungen steht das Interdict zu, welches den Zweck hat, die unrechtmäßige Retention von freien Personen, sofern sie in eigenmächtigen Handlungen von Privaten ihren Grund hat, für immer aufzuheben[221]. Diesem Zwecke entspricht ganz die Fassung des Interdictes; der Retinirte muß sofort, öffentlich und ganz und gar freigegeben werden[222]; sonst erfolgt die Condemnation[223]. Seiner Natur nach steht das Interdict beständig zu[224], ja es ist nicht einmal der gewöhnlichen Klagenverjährung der perpetuae actiones unterworfen, weil die Beschränkung der Freiheit sich jeden Augenblick erneuert[225]. Als Kläger kann jeder aus dem Volke auftreten, weil Niemand verhindert werden soll, sich der persönlichen Freiheit anzunehmen[226]; selbst Frauen und Pupillen wird es nicht verweigert, sofern sie aus Liebe zu ihren Verwandten oder Verschwägerten es brauchen wollen[227]; melden sich mehrere zu gleicher Zeit, so entscheidet das richterliche Ermessen darüber, wer zur Klage zugelassen werden soll, und zwar soll vorgezogen werden, wer durch Nähe der Verwandtschaft und Schwägerschaft, durch Zuverlässigkeit, durch äußeres Ansehen sich vor den Uebrigen auszeichnet[228]. Von wem es wahrscheinlich ist, daß er es nicht ehrlich meint oder mit dem Beklagten colludiren werde, der soll ganz ausgeschlossen bleiben[229]. Beklagt wird der Retinent, und dieser

215) L. 3. §. 6. L. 4. §. 1. D. ibid.
216) L. 3. §. 2. D. ibid.
217) Paulli sent. V. 6. §. 14.
218) L. 3. §. 3. D. ibid.
219) L. 3. §. 4. D. ibid. Paulli sent. rec. V. 6. §. 14.
220) L. 3. §. 5. D. ibid.
221) L. 1. §. 1. L. 3. §. 9. L. 4. §. 2. D. ibid.
222) L. 1. pr. L. 3. §. 8. L. 4. pr. u. §. 2. D. ibid.
223) L. 3. §. 13. D. ibid.
224) L. 3. §. 15. D. ibid.
225) Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 215.
226) L. 3. §. 9. D. ibid.
227) L. 3. §. 11. D. ibid.
228) L. 3. §. 12. D. ibid.
229) L. 1. §. 10. D. ibid.

kann selbst in seiner Abwesenheit mit dem Interdicte belangt werden, wo dann das gewöhnliche Contumacialverfahren eintritt, sobald er nicht in gehöriger Weise vor Gericht vertreten wird[230]). Regelmäßig wird das Interdict nur einmal gegeben; eine Nachklage ist nur insofern möglich, als der Beklagte es im ersten Prozesse vorgezogen hat, die Condemnationssumme zu bezahlen[231]). Außerdem steht zur Abstellung widerrechtlicher Freiheitsbeschränkungen noch der Weg der Criminaluntersuchung offen, von welcher das Interdict in keiner Weise abhängig ist[232]).

Interdicta de itinere actuque privato. Unter diesem Namen sind uns in den Justinianischen Pandekten zwei verschiedene Interdicte erhalten worden, welche im prätorischen Edicte zum Schutze der in der servitus itineris, und actus und viae liegenden Befugnisse aufgestellt worden sind. Das eine[233]) derselben hat die Bestimmung, den, welcher sich im Besitze der Servitut befindet, gegen gewaltsame Störungen zu schützen. Die Erfordernisse dieses Rechtsmittels sind folgende: 1) Die Ausübung der Befugnisse, welche in den betreffenden Servituten enthalten sind, mit Ausschluß der Wegebesserung. Denn auf diese wird das vorliegende Interdict nicht bezogen, weil dafür das zweite Interdict eingeführt ist. Wer über die Grenzen der Servitut hinausgeht, kann daran gehindert werden, ohne das Interdict fürchten zu müssen[234]). Auch kommt nichts darauf an, ob alle in der Servitut liegenden Befugnisse, oder nur ein einziges ausgeübt wird[235]). So steht das Interdict de via zu, wenn auch nur das Gehen oder Reiten über das fremde Grundstück erwiesen wird[236]). Bei dieser Ausübung, welche im prätorischen Edicte mit dem Worte uti bezeichnet wird, ist es gleichgiltig, ob der Servitutberechtigte selbst handelt, oder ein Anderer für ihn, z. B. eigene Sclaven, Pächter, Freunde und Gastfreunde desselben[237]); überhaupt Alle die, durch welche man sich Servituten erhalten kann[238]), vorausgesetzt, daß sie diese Befugnisse nicht im eigenen Namen, sondern in dem des Besitzers ausüben[239]), weil sie sonst nicht diesem, sondern sich selbst das Interdict erwerben. 2) Die Ausübung muß in der Ueberzeugung ge-

---

230) L. 3. §. 14. D. ibid.

231) L. 3. §. 13. D. ibid.

232) Paulli sent. rec. V. 6. §. 14. L. 3. pr. D. 43. 29.

233) Literatur: Caepolla, de servitutibus tract. 2. cap. 1. §. 37 sq.; de Retes, de interdictis relectio IV. im thesaurus iuris ed. Meermann tom. VII. p. 521—528.; v. Savigny, das Recht des Besitzes §. 46, S. 589—598; Albert, über den Besitz unkörperlicher Sachen Nr. 1. Leipzig 1826. Althof, das interdictum de itinere actuque privato. Rinteln 1836. Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 155—160.

234) L. 1. §. 5. D. 43. 19.

235) L. 1. §. 4. D. ibid.

236) S. v. Savigny a. a. O. S. 591.

237) L. 1. §. 7. 8. 11. L. 3. §. 4. D. 43. 19.

238) L. 3. §. 4. D. ibid.

239) L. 1. §. 8. D. ibid.

schehen sein, daß mir die Servitut zustehe[240]). Daher kommt da[s]
dict nicht zur Anwendung, wenn ich gehe, in der Meinung, das
stück sei mein eigenes[241]), oder in der Voraussetzung, daß N
etwas dagegen haben werde[242]), oder, wenn ich durch Ueberschwe
zu einem Umwege veranlaßt werde[243]). Die Frage, ob das R
Servitut dem Gebrauchenden wirklich zusteht, kommt weiter nicht
tracht[244]), wird also im vorliegenden Prozesse gar nicht untersucht
es sich nur um die Regulirung des Besitzstandes handelt, nicht
Recht der Servitut[245]). 3) Für die Ausübung der Servitut
gewisses Maß schon durch das prätorische Edict vorgeschrieben.
der Gebrauch muß in das letzte Jahr, vom Augenblicke der
zurückgerechnet, hineinfallen[246]), und das ist deßhalb eingefüh[rt]
man jene Servituten, worauf sich das Interdict bezieht, nich[t]
braucht, also die Berufung auf gegenwärtigen Besitz in den
Fällen unzulässig war[247]). Wird der Gebrauch durch äußere
nisse, wie Ueberschwemmung, Anwendung persönlicher Gewalt
im letzten Jahre gehindert, so kann man ex clausula generali
einsetzung in den vorigen Stand erhalten, und dann wird nicht
brauch des letzten, sondern des zweitletzten Jahres in Betrac[ht]
gen[248]). Wahrscheinlich kommen hier alle iustae causae
tracht, welche die Interpreten des Edictes unter die Kategorie d[er]
sula generalis eingestellt haben[249]). In diesem Zeitraume
Servitut öfters ausgeübt werden, doch vel modico tempore, id
minus, quam triginta diebus, wie Ulpian im 70. Buche seine[s]
commentars bemerkt[250]). Die Auslegung dieser Worte ist streit[ig]
gewöhnliche[251]) und dem Zusammenhange des Satzes nach, wie es
allein zulässige Ansicht erklärt sie von dreißig Malen, welche die
an eben so viel verschiedenen Tagen ausgeübt sein müsse; dage[gen]
man in neuerer Zeit die Ansicht aufgestellt, daß in jenen Wor[ten]
der Anfangs- und Endpunkt des Besitzes habe angedeutet wer[den]

---

240) L. 7. L. 1. §. 11. D. ibid. L. 22 u. 25. D. quema[dmodum] servitutes am. (8. 6.)

241) L. 1. §. 7. D. 43. 19.

242) L. 7. D. ibid.

243) L. 1. §. 6. D. ibid.

244) L. 1. §. 2. D. ibid. L. 2. §. 3. D. si servitus vindicetu[r]

245) L. 2. §. 3. D. 8. 5.

246) L. 1. §. 2. 3. D. 43. 19. Darauf beziehen sich auch di[e] ...rungen in L. 1. §. 9. 12. L. 3. pr. D. ibid.

247) L. 1. §. 2. D. ibid. Daher heißt es vom Interdict: in p... tum refertur. L. 1. §. 2. D. de interdictis. (43. 1.)

248) L. 1. §. 9. D. 43. 19.

249) Ibidem.

250) L. 1. §. 1. D. ibid.

251) So Caepolla l. c. cap. 1. §. 38. p. 263. de Ret... tom. VII. p. 521. v. Savigny a. a. O. S. 591; wohl auch Unt... ner a. a. O. Bd. 2, S. 157.

en[252]); darnach soll schon ein mehrmaliger Gebrauch der Servitut ausreichen, wofern nur die erste und letzte Besitzhandlung einen Zeitraum von 30 zusammenhängenden Tagen des letzten Jahres in sich schließt. Uebrigens gilt dabei die accessio possessionis im weitesten Sinne, daher dem Gestörten auch die Besitzhandlungen des Erblassers, ja sogar im Falle der Singularsuccession die des Verkäufers, Schenkers u. s. w. zu Gute kommen[253]). 4) Der Ausübende muß in der Ausübung gewaltsamer Weise gestört sein[254]), und diese Gewalt wird wahrscheinlicher Weise nach denselben Grundsätzen beurtheilt, wie bei dem interdictum uti possidetis[255]), worauf schon die Aehnlichkeit der Fassung zu deuten scheint. Dabei ist es gleichgiltig, wem die Gewalt angethan wird, ob dem Besitzer der Servitut selbst oder denen, welche sie in dessen Namen ausüben[256]). Streitig ist es, ob bona fides des Besitzers verlangt wird. In der That haben wir kein einziges Zeugniß, welches die Nothwendigkeit dieses Erfordernisses darthut[257]); daß es aber bei dem interdictum de aqua quotidiana anders ist, ist wohl kein Grund für die Annahme. Der Zweck des Interdictes ist die Herbeiführung eines provisorischen Schutzes im Besitze der Servitut, daher steht es nur gegen den Störer im Gebrauche zu[258]), ohne Unterschied, ob dieser der durch die Servitut beschränkte Eigenthümer oder aber ein Dritter ist, nicht allein zur Abwehr künftiger Störungen, sondern auch zum Ersatze des durch die geschehene Störung verursachten Schadens[259]). Seiner prohibitorischen Fassung nach wird es unter die Interdicte gestellt, welche zum Schutze einer gestörten, aber durch die Störung nicht aufgehobenen quasi possessio zustehen; nur, wenn es dem successor singularis, z. B. dem Käufer gegeben wird, kann es auch adipiscendae possessionis sein[260]), und dieß zwar deßhalb, weil in diesem Falle accessio possessionis im vollsten Sinne des Wortes gilt. Daß der durch das Interdict herbeigeführte Besitzstand durch das Petitorium angefochten werden kann, ist aus den allgemeinen Grundlagen der possessorischen Interdicte deutlich. Von Einreden, welche dem Interdicenten entgegenstehen, kommt in den Justinianischen Pandekten nur die exceptio vitiosae possessionis in

---

252) So Althof a. a. O. §. 1—39, jetzt auch v. Vangerow, Leitfaden für Pandektenvorlesungen Bd. 1, S. 716. Daß dann vel nicht oder heißen könne, sondern in der Bedeutung von wenigstens genommen werden müsse, bemerkt schon v. Vangerow a. a. O.

253) L. 3. §. 6—10. L. 6. D. ibid. L. 1. §. 37. D. de aqua quotidiana. (43. 20.)

254) Vim fieri veto L. 1. pr. D. 43. 19. L. 2. §. 3. D. de interdictis. (43. 1.) Die römischen Rechtsquellen sprechen hier von prohiberi uti. L. 3. §. 1. 3. 5. D. 43. 19.

255) So v. Savigny a. a. O. S. 592.

256) L. 3. §. 1. D. 43. 19.

257) So Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 157. Für die Nothwendigkeit des Erfordernisses ist de Retes l. c. §. XI. tom. VII. p. 522.

258) L. 3. §. 5. D. ibid.

259) L. 3. §. 3. D. ibid.

260) L. 2. §. 3. D. 43. 1. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 592.

Betracht[261]), aber auch diese nur in Rücksicht des Interdicenten, nicht aber Anderer[262]); wird es dem Singularsuccessor gestattet, so wird natürlich auch die vitiosa possessio des Vorgängers berücksichtigt[263]). Ueberhaupt aber bezieht sich die Einrede nur auf den Gebrauch der Servitut für die fraglichen dreißig Tage[264]). Ist dieser also außer diesem Zeitraume nicht fehlerfrei, so hat dieß auf die Zuständigkeit des Rechtsmittels weiter keinen Einfluß, und es kann somit bei der accessio possessionis wohl vorkommen, daß der jetzige Inhaber vitiosa possessio hat, und gleichwohl zum Interdicte berechtigt ist[265]). Dagegen wird ausdrücklich bezeugt, daß die Einrede auf die Erben und Singularsuccessoren des Beklagten übergeht[266]). — Das zweite Interdict[267]), das zum Schutze der Wegebesserung ertheilt wird, ist deßhalb vom vorigen getrennt worden, weil die Wegebesserung nicht einen Schutz des bisherigen Besitzstandes enthält, sondern darüber hinausgeht[268]), gleichwohl das practische Bedürfniß zu dem angegebenen Zwecke ein schnelleres Rechtsmittel verlangte, da der Gebrauch der servitus itineris, actus, viae in den meisten Fällen ohne das Instandhalten des Weges unmöglich erscheint[269]). Die Bedingungen des Interdictes sind die des vorigen[270]), nur daß die Störung nicht sowohl gegen den Gebrauch, als gegen die Wegebesserung selbst gerichtet sein muß, und daß die Befugniß zu dieser Wegebesserung nicht so gedacht wird, als sei sie bereits im Gebrauche der Servitut enthalten, also ein Ausfluß der quasi possessio. Mithin muß der Interdicent außer dem Besitze des letzten Jahres, vom Augenblicke der Störung zurückgerechnet, noch darthun, daß ihm das Recht, den Weg auszubessern, wirklich zusteht[271]); und dieser Beweis kann regelmäßig dadurch hergestellt werden, daß das Recht der Servitut nachgewiesen wird[272]), es müßte denn das ius reficiendi durch speciellen Vertrag dem dominans entzogen sein[273]). Insofern nun dem Interdicenten, wenn er diesen Beweis liefert, das Recht der Servitut selbst zugesprochen werden muß, sagt Paullus von dem Interdicte, daß es proprietatis

---

261) L. 1. pr. §. 2. 12. L. 3. §. 1 u. 2. D. ibid.

262) Ab illo usus es L. 1. pr. §. 11. L. 3. §. 1. D. ibid.

263) L. 3. §. 1. D. ibid.

264) L. 1. §. 12. L. 2. L. 6. D. ibid. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 593.

265) L. 1. §. 12. L. 6. D. ibid.

266) L. 3. §. 2. D. ibid. Ueber die Kritik dieser Stelle vgl. v. Savigny a. a. O. S. 595—597.

267) Literatur: Caepolla l. c. tract. 2. cap. 1. §. 38—41.; de Retes l. c. §. XIII—XV. tom. VII. p. 523.; v. Savigny a. a. O. S. 596—598; Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 203 flg.

268) Enimvero (qui vult reficere) aliquid novi facit, neque debet ei in aliena permitti id moliri, nisi vere habet servitutem. Ulpian in L. 1. §. 13. D. ibid.

269) L. 1. §. 12. D. ibid.

270) L. 1. §. 11. L. 4. pr. §. 1. D. ibid.

271) Darauf gehen die Worte des prätorischen Edictes uti tibi ius esset, reficias. L. 1. §. 11. 14. D. ibid.

272) L. 1. §. 13 u. 14. D. ibid.

273) L. 1. §. 14. D. 43. 19.

ausam enthalte[274]). Kann der Beweis nicht erbracht werden, daß die Servitut iure bestellt worden sei, so soll zur Anstellung des Interdictes auch der Beweis der Verjährung ausreichen[275]), was Viele von der unvordenklichen Verjährung verstanden haben. In Bezug auf das Interdict ist auch der Begriff der Wegebesserung von den classischen Juristen genauer bestimmt worden. Er erstreckt sich nur auf die Wiederherstellung des älteren factischen Zustandes der Sache[276]); daher das Interdict nicht brauchen kann, wer den alten Weg erweitert oder verlängert, niedriger oder höher legt, als dieß früher der Fall war[277]), oder mit Kies zu belegen gedenkt[278]). Dagegen wird der Begriff auch auf die nothwendigen Vorarbeiten bezogen, namentlich auf das Anfahren und Zutragen der Baumaterialien, wofern dieß nur auf dem kürzesten Wege[279]), ingleichen auf dem Theile des Ackers geschieht, wo dem serviens am wenigsten Schaden geschieht[280]); ja es ist sogar erlaubt, zu diesem Behufe neue Brücken zu schlagen, falls die Wegebesserung dieß erheischt[281]). Arbeiten, welche über den Begriff hinausgehen, können unbedenklich gestört werden[282]). Auch hier gilt accessio possessionis im weitesten Sinne des Wortes. Daher es nicht blos den Universal-, sondern auch den Singularsuccessoren zu Gute kommt[283]), umgekehrt aber auch gegen die Universal- und Singularsuccessoren des Störers angestellt werden kann. Die Wirkung des Interdictes bestimmt sich ganz nach seinem Zwecke und seinen Erfordernissen; zunächst wirkt es Schutz gegen künftige Störungen dessen, welcher die Refection gewaltsamer Weise gehindert hat[284]); sodann dient es auch dazu, um Ersatz für den durch die erste Störung verursachten Schaden zu erlangen[285]); endlich muß dem Kläger, wie durch die confessoria actio, das Recht der Servitut selbst zugesprochen werden, wenn er es beweist[286]). Von Einreden, welche gegen das Interdict zulässig sind, wird im classischen Pandektenrechte erwähnt 1) die der vitiosa possessio[287]), welche ganz nach den Regeln beurtheilt wird, welche bei dem vorigen Interdicte gelten. 2) Die Einrede der nicht geleisteten cautio damni infecti[288]). Diese Caution soll nämlich der Interdicent vor der Anstellung des In-

---

274) L. 2. §. 2. D. 43. 1. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 597.
275) L. 5. §. 3. D. 43. 19.
276) L. 1. §. 15. D. ibid.
277) L. 1. §. 15. D. ibid. Vgl. de Retes l. c. §. 15. tom. VII. p. 522.
278) L. 4. §. 5. D. si servitus vindicetur. (8. 5.)
279) L. 4. pr. §. 1. L. 5. pr. D. ibid.
280) L. 5. §. 1. D. ibid.
281) L. 3. §. 16. D. ibid.
282) L. 4. §. 1. L. 5. pr. §. 1. D. ibid.
283) L. 5. §. 2. D. ibid.
284) Vim fieri veto. L. 3. §. 11. D. ibid.
285) In dieser Rücksicht heißt es davon L. 2. §. 2. D. 43. 1. rei persecutionem continent.
286) L. 2. §. 2. D. ibid. vgl. mit L. 3. §. 13. D. 43. 19.
287) L. 1. §. 11. D. 43. 19.
288) L. 1. §. 11. L. 5. §. 4. D. ibid.

terdictes dem Beklagten leisten, doch erstreckt sie sich natürlich nicht auf den von der Wegebesserung unzertrennlichen Schaden, sondern nur darauf, wenn der Prohibent durch die fehlerhafte Construction des Werkes zu Schaden kommt[289]). Von der Einrede der Verjährung ist nirgends die Rede. — Die heutige Anwendbarkeit des Interdictes wird von manchen Gelehrten[290]) in Abrede gestellt, weil dasselbe nichts anderes sei, als eine confessoria actio in der Form eines Interdictes, was natürlich wegfalle, seitdem die Prozeßform aufgehört habe, wodurch es sich von jener Klage unterschied. Allein genau genommen, ist diese Ansicht in den Fällen gänzlich grundlos, wo das ius reficiendi bei der Bestellung der Servitut dem dominans von Anfang an nicht gestattet worden ist, sodann ist vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes aus die Einstellung des Interdictes in die Justinianischen Pandekten, die nur geltendes Recht enthalten sollten, nicht recht erklärlich, wenn es schon damals neben der Confessoria nicht noch fortbestanden hätte; endlich haben auch die älteren Rechtslehrer seine heutige Anwendbarkeit nicht im mindesten bezweifelt[291]).

Interdictum de liberis ducendis[292]) heißt in der Kunstsprache der classischen Juristen das prohibitorische Interdict, womit der, welcher ein Kind in seiner väterlichen Gewalt hat, jeden belangen kann, welcher ihn gewaltsam verhindert, dieses Kind in den eigenen Gewahrsam abzuführen. Seine Bedingungen sind die nämlichen, wie bei dem de liberis exhibendis[293]), namentlich wird die Nothwendigkeit des Beweises, daß die fragliche Person in der elterlichen Gewalt des Klägers stehe, theils im Edicte[294]) selbst, theils von den Commentatoren desselben[295]) ausdrücklich hervorgehoben. Außerdem sind noch weitere Bedingungen des Interdictes, 1) daß die Person, um deren Abführung es sich handelt, öffentlich erscheint, und dieß ergibt schon die ganze Fassung des Interdictes[296]). Wird sie verborgen oder im Privatgewahrsam gehalten, so ist nicht die vorliegende Klage zuständig, sondern es muß vorerst das interdictum de liberis exhibendis zur Erzwingung der Exhibition angestellt werden. 2) Daß die Abführung des Kindes von Seiten eines Dritten gewaltsam gestört wird[297]). Der Zweck des Interdictes ist der, dem Vater die Abführung des Kindes in den eigenen Gewahrsam zu

---

289) L. 5. §. 4. D. 43. 19.

290) So v. Savigny a. a. O. S. 598.

291) Am deutlichsten Caepolla l. c. cap. 1. §. 39 sq., und die Citate bei de Retes l. c. §. 14. tom. VII. p. 522.

292) Literatur: de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pte. V. nr. 10. §. 43 sq. im thesaurus iuris ed. Meermann tom. VII. p. 538 sq. Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 215 flg.

293) L. 3. §. 2. D. 43. 30.

294) Si Lucius Titius in potestate Lucii Titii est L. 3. pr. D. ibid.

295) L. 3. §. 5. D. ibid.

296) L. 3. pr. §. 3. D. ibid.

297) Vim fieri veto L. 3. pr. D. ibid.

chern[298]), und diese Abführung dachte man sich als eine in der väterlichen Gewalt liegende Befugniß. Dem entspricht seine prohibitorische Fassung. Von Schadenersatz ist nirgends die Rede. Beklagt wird der Störer[299]), nicht aber die Person, um deren Duction es sich handelt[300]). Während der Dauer des Prozesses werden Frauen und Knaben, welche die Pubertät noch nicht oder erst vor kurzem erreicht haben, dem Retinenten weggenommen, und bei einer geachteten Frau bis zum Austrage des Prozesses deponirt[301]). Auch soll es ganz dem Ermessen des Richters anheim gestellt werden, ob, wenn die fragliche Person unmündig ist, der Prozeß sofort instruirt und entschieden, oder beides bis zu deren Mündigkeit verschoben werden solle[302]), und, falls das letztere zum Vortheil des Mündels angeordnet wird, so kann auch hier für die Zwischenzeit Sequestration angeordnet werden[303]).

Analog ist das Interdict auch auf die Ehefrau angewendet worden, deren Abführung dem Ehemanne von Seiten Dritter unmöglich gemacht wird[304]). Ja es wird bezeugt, daß es dann dem Ehemanne sogar gegen den zusteht, welcher seine Ehefrau in der Gewalt hat[305]).

Interdictum de liberis exhibendis[306]) heißt in der Sprache der classischen Juristen das exhibitorische Interdict, welches dem, welcher ein Kind in der väterlichen Gewalt hat, gegen den, der es ihm verbirgt oder sonst widerrechtlicher Weise vorenthält, zusteht, um dessen Aushändigung zu erzwingen. Die Erfordernisse des Interdictes sind im Einzelnen folgende: 1) Es muß ein freier Mensch vom Beklagten eigenmächtig in seinem Gewahrsam gehalten werden[307]). 2) Die retinirte Person darf nicht ihre Einwilligung zu diesem Gewahrsam gegeben haben[308]). Sonst wird angenommen, daß sie sich selbst in Gewahrsam hält, also fällt auch das Interdict weg. 3) Die retinirte Person muß der väterlichen Gewalt des Klägers unterworfen sein. Dieß Erforderniß hebt schon das Edict hervor mit den Worten: qui quaeve in potestate Lucii Titii est. Daher hat der Interdicent im Zweifel die väterliche Gewalt

---

298) L. 3. §. 1. D. ibid.
299) L. 3. §. 3. D. ibid.
300) Die citirte L. 3. §. 3. wird von de Retes (l. c. p. 539.) fälschlich so ausgelegt, als ob die Klage gegen den Filius nur insofern zustehen könne, als er selbst von einem Dritten vertreten wird.
301) L. 3. §. 6. D. ibid.
302) L. 3. §. 4. D. ibid.
303) Ibidem.
304) L. 2. D. ibid.
305) Ibidem.
306) Literatur: de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pars V. nr. 10. §. 41 sq. im thesaurus iuris ed. Meermann tom. VII. p. 539.; Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Th. 2, S. 215 flg.
307) Si is, eave apud te est. L. 1. pr. D. de liberis exhibendis. (43. 30.)
308) L. 5. D. ibid.

zu beweisen[309]), und, wenn er es nicht vermag, wird ihm das Interdict abgesprochen. 4) Die Retention muß den Befugnissen Eintrag thun, welche in der väterlichen Gewalt enthalten sind, einerlei, ob diese Rechte sich auf die Person des Retinirten oder nur auf Vermögensrechte erstrecken. Das Interdict bezweckt den Schutz der Befugnisse, welche in der väterlichen Gewalt liegen[310]). Deßhalb kommt die Absicht des Beklagten nicht weiter in Betracht; vielmehr muß die Exhibition ohne weiteres erfolgen[311]) und zwar wahrscheinlich nach den Regeln, welche bei den übrigen exhibitorischen Interdicten gelten; also muß der Retinirte sofort und öffentlich freigegeben werden; sonst erfolgt die condemnatio auf das Interesse des Vaters, wobei sogar Vermögensnachtheile in Anschlag kommen können, welche durch die eigenmächtige Retention dem Kläger zugefügt worden sind[312]). Beklagt wird in der Regel der Retinent selbst[313]), doch erstreckt sich die Klage auch auf den, welcher dolose durch seine eigene Handlung die Unmöglichkeit der Exhibition herbeigeführt hat[314]). Die Wirkung der Klage ist in der Regel eine präparatorische, d. h. sie bereitet nämlich das interdictum de liberis ducendis vor, dadurch, daß die Exhibition des Kindes in der gehörigen Maße erfolgt[315]). Von Einreden, welche gegen das Interdict zustehen, wird die der Verjährung gar nicht erwähnt, wohl aber bildet es einen giltigen Exceptionsgrund, wenn die Person, welche das Hauskind vorenthält, ein Recht zur Retention hat. Dieß tritt nach dem Kaiserrechte 1) bei dem Ehemanne ein, welchem der Vater die Ehefrau abstreiten will. Eingeführt durch Verordnungen von Antoninus Pius[316]). 2) Wenn die Mutter die Kinder retinirt und der Vater durch seinen schlechten Lebenswandel sich des Erziehungsrechtes unwürdig gemacht hat[317]). Eingeführt durch einige Decrete des Pius Antoninus, und später von Marcus Aurelius bestätigt. 3) Im Falle der Schuldknechtschaft u. s. w.

Nach Analogie dieses Interdictes ist im späteren Rechte auch dem Ehemanne eine Klage auf Ausantwortung seiner Ehefrau gegeben worden, wenn sie ihm von Dritten vorenthalten wird[318]). Selbst gegen ihren Vater ist das Interdict gestattet worden, wenn er sie in der Gewalt hat. Natürlich ist aber dann das Beweisthema verschieden; hier kommt das Fortbestehen einer rechtsgiltigen Ehe des Klägers mit der zu exhibirenden Person in Frage.

---

309) L. 1. §. 1 u. 4. D. 43. 30. L. 1. C. de liberis exhibendis. (8. 8.) Vgl. L. 1. §. 1. D. de rei vindicatione. (6. 1.)
310) L. 1. §. 1 u. 2. D. ibid.
311) L. 1. §. 2. D. ibid.
312) L. 1. pr. D. ibid.
313) Si is eave apud te est. L. 1. pr. D. ibid.
314) Dolove malo tuo factum est, quominus apud te esset. L. 1. pr. D. ibid.
315) L. 3. §. 1. D. ibid.
316) L. 1. §. 5. D. ibid. Paullus, sent. V. 6. §. 15.
317) L. 1. §. 3 u. 5. D. ibid. Paullus, sent. V. 6. §. 15.
318) L. 2. D. 43. 30. L. 3. C. 8. 8.

Interdictum de liberto exhibendo[319]) heißt das exhibitorische Interdict, welches nach dem classischen Pandektenrechte dem Patron zusteht, wenn er seinem Liberten operae ansagen will, und dieser von einem Dritten unbefugter Weise retinirt wird[320]). Die Bedingungen des Interdictes werden in den Justinianischen Pandekten, welche keinen besonderen Titel dafür haben, nicht weiter erörtert. Wahrscheinlich stand es gegen jeden zu, welcher dolo malo einen fremden Liberten in der Weise retinirt, daß es diesem unmöglich wird, die ihm von seinem Patronus angesagten operae zu leisten. Für die Freigebung des Liberten gelten wahrscheinlich dieselben Regeln, wie bei dem interdictum de homine libero exhibendo. Erfolgte sie nicht in der angegebenen Weise, so ward der Retinent auf das Interesse des Patrons verurtheilt, daher die Condemnationssumme mehr betragen konnte, als im zuletztgenannten Interdicte. Daß der Patron sein Patronatrecht und seinen Anspruch auf die operae zu erweisen gehabt habe, läßt sich wohl nicht füglich bezweifeln. — Manche[321]) halten dieß Interdict für eine bloße Ausdehnung des interdictum de libero homine exhibendo. Allein nicht zu gedenken, daß Paulus beide Rechtsmittel ausdrücklich sondert[322]), so gibt er auch noch an, daß die Grundlagen beider Rechtsmittel verschieden sind: das de liberto exhibendo werde nämlich zum Schutze eines Privatrechtes gegeben (iuris sui tuendi causa), das de homine libero exhibendo aber, um einer allgemeinen Pflicht zu genügen (officii causa). Nach dieser Verschiedenheit der Grundlagen läßt sich nicht füglich bezweifeln, daß auch die Interdictformeln eine wesentlich verschiedene Fassung gehabt haben werden.

Interdictum de loco publico fruendo[323]) heißt das prohibitorische Interdict, wodurch der Pächter eines dem Staate angehörigen Grundstückes oder sein Gesellschafter Störungen abwenden, welche die ordnungsmäßige Benutzung desselben verhindern oder erschweren. Die Voraussetzungen sind: 1) Es muß ein dem Staate angehöriges Grundstück vorliegen. Wahrscheinlich hat man hier an den Begriff ager publicus zu denken, wie er zur Zeit der freien Republik ausgebildet worden war[324]). 2) Das Grundstück muß von der Staatsbehörde verpachtet sein[325]). Competent war hier zur Zeit der freien Republik

319) Einiges wenige hat de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pte. V. §. 39. im thesaurus iuris ed. Meermann tom. VII. p. 538.

320) Caius, inst. IV. §. 162. §. 1. J. de interdictis. (4. 15.) L. 2. §. 1. D. 43. 1.

321) So de Retes l. c. p. 538.

322) L. 2. §. 1. D. 43. 1.

323) Literatur: Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 121; Vuy, de originibus et natura iuris emphyteutici Romanorum. (Heidelbergae 1838.) 8. p. 27. 83.

324) Vgl. Vuy l. c. p. 9—46.

325) Quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit. L. 1. pr. D. 43. 19.

das Censorencollegium, in der Kaiserzeit haben die Behörden oftmals gewechselt[326]). Zwar kommen im ersten Jahrhundert nach Christus noch einige Male Privatleute als Censoren vor, allein die wirkliche Amtsgewalt des Magistrates hatte bereits seit August der Princeps sich zugelegt[327]), und dabei ist es auch mit wenigen Ausnahmen in der Folge geblieben. Wer das Detail der Verpachtungen in der Kaiserzeit zu besorgen gehabt habe, ist streitig; wahrscheinlich gehörte es, so lange die Volkscasse von dem Fiscus getrennt war, zu dem Geschäftskreise des praefectus aerarii[328]), und als späterhin beide Cassen in der allgemeinen Bezeichnung Fiscus aufgingen, werden wohl die Vorsteher des Fiscus sich der Sache unterzogen haben. Die Pachtung übernahmen gewöhnlich ganze Gesellschaften von Rittern, welche deßhalb gewöhnlich publicani genannt werden[329]), und in diesen Gesellschaften waren die Geschäfte unter die Genossen in der Art vertheilt, daß einige Glieder den Pacht mit dem Populus abschlossen (mancipes), andere sich für die Zahlung des Miethpreises verbürgten (praedes), oder ihre Güter zu gleichem Zwecke dem Populus verpfändeten[330]). Noch andere waren einfache Genossen, welche nur Theil hatten am Gewinne und Schaden der Societät. In der älteren Zeit hießen diese Verpachtungen venditiones[331]), in der späteren wurde es gewöhnlicher, die Ausdrücke locare, conducere darauf anzuwenden. 3) Der Pachter des Grundstückes, oder sein Genosse muß das Grundstück ordnungsmäßig benutzen[332]). Diese Benutzung heißt in der Kunstsprache frui[333]), womit die Ausdrücke agrum fruendum locare, conducere zusammenhängen. Die Art der Benutzung ward bei der Verpachtung von der Behörde selbst vorgeschrieben, und auf diese Vorschrift bezieht sich der Ausdruck lex censoria bei den Verpachtungen der Staatseinkünfte[334]). Im Falle des ordnungswidrigen Gebrauches wird das Interdict verweigert; eben so wenn die Benutzung über die Pachtzeit hinaus erstreckt ward[335]). 4) Die Be-

---

326) Cic. contra Rullum I. cap. 3., in Verrem III. 6., V. 21. Festus, de V. S. s. v. venditiones. Vgl. Burmann, de vectigalibus p. R. (Leidae 1734.) cap. 8. p. 102—123.

327) Vgl. Spanheim, de usu et praestantia numismatum diss. XII. cap. 10. p. 472 sq.

328) So Burmann l. c. cap. VIII. p. 114 sq.

329) Noch unter den Kaisern. L. 1. §. 1. D. de publicanis. (39. 4.) L. 1. pr. D. quod cuiusque universitatis nomine. (3. 4.) L. 59. pr. L. 63. §. 8. D. pro socio. (17. 2.) Vgl. Burmann l. c. cap. IX. p. 123—151.

330) Vgl. Burmann l. c. p. 133—135.

331) Festus, s. v. venditiones. Vgl. Vuy l. c. p. 45.

332) E lege locationis frui liceat. L. 1. pr. D. 43. 9. Vgl. L. 1. §. 3. D. ibid.

333) L. 1. pr. §. 1 u. 3. D. 43. 9. Spuren davon bei Festus, s. v. venditiones. Vgl. Niebuhr, römische Geschichte Ausg. 3, Bd. 2, S. 156, 159.

334) Am deutlichsten Cic. in Verrem III. 7., V. 21. Vgl. Burmann l. c. cap. VIII. p. 102. Auch in den Justinianischen Pandekten kommt sie noch vor. L. 203. D. de verborum significatione. (50. 16.)

335) L. 1. §. 3. D. 43. 9.

nutzung muß in der Person des Berechtigten auf gewaltsame Weise gehindert worden sein[336]). Das Interdict hat den Zweck, die Störung für die Zukunft aufzuheben und unmöglich zu machen; daher seine prohibitorische Fassung, von Schadenersatz ist nirgends die Rede. Es wird aber nicht blos dem Pachter, sondern auch seinem Genossen gegeben; im Falle der Concurrenz hat der erstere den Vorzug[337]). Beklagt wird, wer die gewaltsame Störung verursacht. Wahrscheinlich steht das Interdict noch über Jahresfrist hinaus zu, da es zum Schutze der an den Staat zu entrichtenden Vectigalien eingeführt worden ist[338]); wenigstens ist in den Justinianischen Rechtsquellen von einer solchen Beschränkung auf ein Jahr nicht die Rede.

Es mag hier nur als Vermuthung ausgesprochen werden, daß das Interdict sich ursprünglich wohl nur auf die Verpachtung von Aeckern bezogen, nicht aber von Seen gegolten hat, deren viele dem Staate angehörten und von diesem verpachtet wurden[339]). Auf diese ist nämlich im Verhinderungsfalle das Interdict: ut in flumine publico navigare liceat analog angewendet worden[340]), und zu dieser Ausdehnung hätte doch wohl kein äußerer Grund vorgelegen, wenn sich das zuerst genannte Interdict auch darauf von Anfang an bezogen hätte. Daß es späterhin auch diesen Fall in sich aufgenommen hat, darauf deutet nicht blos die allgemeine Fassung des Interdictes in den Justinianischen Pandekten, sondern auch sehr bestimmt eine Stelle Ulpian's[341]).

Das heutige Recht betreffend, so läßt sich vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes aus nur soviel mit Gewißheit sagen, daß es auf alle Fiscalländereien, welche verpachtet werden, Anwendung leidet. Auf das Privatgut des Landesfürsten darf es aber schon deßhalb nicht angewendet werden, weil es nicht unter den Begriff des Staatsgutes subsumirt werden kann. Manche neuere Juristen haben es unbedenklich auch auf die agri vectigales angewendet, welche städtischen Communen angehören; allein den Beweis dieser Behauptung sind sie schuldig geblieben.

Interdictum de migrando[342]) heißt in der Kunstsprache der classischen Juristen das prohibitorische Edict, welches dem Abmiether einer Wohnung gegeben wird, wenn er nach Bezahlung des Miethzinses aus der Miethwohnung die beweglichen Sachen, welche er des Wohnens halber hineingeschafft hat oder hat schaffen lassen, des Abzuges halber herausräumt und darin gewaltsamer Weise von Jemand gestört wird.

---

336) Vim fieri veto. L. 1. pr. D. 43. 9. L. 13. §. 7. D. 47. 10.
337) L. 1. §. 2. D. ibid.
338) L. 1. §. 1. D. ibid. L. 13. §. 7. D. 47. 10.
339) Festus, s. v. Lacus Lucrinus. Vgl Burmann l. c. cap. 1. p. 10.
340) L. 1. §. 7. D. 43. 14.
341) L. 13. §. 7. D. 47. 10.
342) Literatur: de Retes, de interdict's et remediis possessoriis pars I. nr. VI. §. 44. im thes. iuris ed. Meermann tom. VII. p. 506.; Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 209—211.

Die Erfordernisse des Interdictes sind im Einzelnen folgende: 1) es muß sich um eine Wohnung in einem praedium urbanum, d. h. in einem Gebäude handeln. Bei rustica praedia ist das Interdict ausgeschlossen[343]). 2) Diese Wohnung muß vom Eigenthümer des Grundstückes an einen Anderen miethweise abgelassen worden sein. Schon das Edict setzt dieß in der Interdictformel voraus, und daran werden die weiteren Erfordernisse der Klage angeknüpft[344]). Doch hat man kein Bedenken getragen, das Rechtsmittel auch im Falle der unentgeltlich überlassenen Wohnung zuzugestehen[345]). 3) Der Abmiether muß die beweglichen Sachen in die Wohnung gebracht haben oder haben bringen lassen[346]) und 4) zwar in der Absicht, dem Vermiether für die Abführung des Miethgeldes daran ein Pfandrecht einzuräumen[347]). Dieß bezeichnet Ulpian mit den Worten: pignoris nomine induci, introduci[348]). Demnach ist es nicht gerade nothwendig, daß diese Sachen dem Abmiether eigenthümlich zugehören[349]); auch nicht, daß sie von ihm ausdrücklich zum Pfande übergeben wurden; vielmehr reicht schon die Existenz eines Pfandvertrages aus[350]). 5) Der Miethzins muß abgetragen oder der Vermiether deßhalb abgefunden[351]) worden sein. Nach den Worten des Edictes reicht es schon zu, wenn beides, Zahlung oder Abfindung, dem Vermiether angeboten worden ist, dieser aber dieß Anerbieten widerrechtlicher Weise nicht angenommen hat[352]). Theilweise Zahlung des geschuldeten Miethzinses reicht nicht aus[353]); auch muß, falls der Abzug vor dem Ablaufe der Miethzeit erfolgt, der Miethzins für die ganze Miethzeit pränumerirt werden, weil das Pfandrecht untheilbar ist, also auch für den Theil des Miethgeldes haftet, welcher erst in der Zukunft fällig wird[354]). 6) Der Abmiether muß Anstalten getroffen haben, des Auszuges halber diese beweglichen Sachen aus dem Logis fortzuräumen, 7) aber in dieser Räumung von dem Vermiether gewaltsam gestört worden sein[355]). Unter diesen Voraussetzungen steht das Interdict zu, welches dem Inwohner Schutz gewähren soll, wenn er

---

343) L. 1. §. 1. D. de migrando. (43. 32.)

344) L. 1. pr. L. 2. D. ibid.

345) L. 1. §. 3. D. ibid.

346) Das Edict spricht von introducta, importata, ibi nata factave. L. 1. pr. D. ibid.

347) Am deutlichsten L. 1. §. 5. D. ibid.: Quod si nec pignoris nomine inducta sunt, nec retineri poterunt a locatore. Vgl. Huschke, Studien des römischen Rechtes S. 365.

348) L. 1. §. 5. D. ibid. Schon in der Interdictformel stehen die Worte: ei, qui eum pignoris nomine induxit. L. 1. pr. D. ibid.

349) L. 1. §. 5. L. 2. D. ibid.

350) So sind wohl L. 1. pr. u. §. 5. D. ibid. zu verstehen. Das Edict verlangt einen Pfandvertrag.

351) Sive ex his rebus esset merces tibi soluta eoque nomine satisfactum est. L. 1. pr. D. ibid.

352) Aut per te stat, quominus solvatur. L. 1. pr. §. 1. D. ibid.

353) L. 1. §. 4. D. ibid.

354) L. 1. §. 4. D. ibid. vgl. mit L. 24. §. 2. L. 55. §. 2. D. locati. (19. 1.)

355) Inde abducere liceat, vim fieri veto. L. 1. pr. D. ibid.

nach Abzahlung des Miethzinses räumen will[356]). Es erstreckt sich nicht blos auf die eigenen Geräthschaften, sondern auch auf Alles, was von fremden Sachen auf dem Wege des Depositum, Commodatum, der Miethe u. s. w. in den Gewahrsam des Abmiethers gekommen ist[357]). Beklagt wird, wer die Störung verübt, namentlich aber haftet der Vermiether, auf welchen die Interdictformel nicht undeutlich hinweist[358]). Die Wirkung des Interdictes ist die Aufhebung der gegenwärtigen Störung in ihren Folgen und Abwehrung ähnlicher Hinderungen für die Zukunft. Ein Anspruch wegen Schadenersatz für die verursachte Störung kommt bei dem Interdicte nirgends vor; kann auch nicht erwähnt werden, weil er der prohibitorischen Natur des Rechtsmittels widerspricht. Das Interdict ist nicht auf ein Jahr beschränkt, es wird geradezu perpetuum genannt[359]); auch bezeugt, daß es activ und passiv auf die Erben übergeht[360]), und das letzte ist ein Beweis dafür, daß es nicht pönal ist. — Schon für das classische Pandektenrecht wird bezeugt, daß es selten vorkomme[361]); als Grund davon wird angegeben, daß der Miethwohner auf einem bequemeren Wege, nämlich durch das Verfahren extra ordinem sich Schutz für den Auszug erwirken könne[362]). Was dieß heißen solle, ist nicht weiter erklärt worden; wahrscheinlich hat man darunter die Anrufung des obrigkeitlichen Schutzes zu verstehen, welcher durch die sofortige Abordnung von Gerichtsdienern zum Zwecke der Abpfändung oder durch Auferlegung einer Geldstrafe realisirt wird[363]).

Interdictum de mortuo inferendo[364]). Unter diesem Namen[365]) kommt in den Justinianischen Pandekten ein prohibitorisches Interdict vor zum Schutze dessen, welcher einen Leichnam bestatten will, gegen widerrechtliche Störungen. Die Erfordernisse des Interdictes sind im einzelnen folgende: 1) Der Kläger muß das Recht haben, einen Leichnam an einem bestimmten Orte zu bestatten[366]). Dieses Recht

---

356) Hoc interdictum proponitur inquilino, qui soluta pensione vult migrare. L. 1. §. 1. D. ibid.

357) L. 1. §. 5. L. 2. D. ibid.

358) L. 1. pr. §. 5. D. ibid.

359) L. 1. §. 6. D. ibid.

360) Ebendaselbst.

361) L. 1. §. 2. D. ibid.: Cui rei etiam extra ordinem subveniri potest; ergo infrequens est hoc interdictum.

362) Auf das extraordinarium imperium bezieht es de Retes l. c. §. 44. p. 506.

363) L. 3. pr. §. 1. D. 43. 4. L. 5. §. 27. D. ut in possessionem. (36. 4.)

364) Literatur: de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pte. V. p. 34 sq. im thesaur. iuris ed. Meermann tom. VII. p. 537.; v. Glück, Erläuterung der Pandekten Th. 11, S. 450—459; Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 168 flg.

365) Der Name kommt vor L. 1. §. 2. D. de mortuo inferendo. (11. 8.) L. 2. §. 1. D. 43. 1.

366) Quo quave illi mortuum inferre invito te ius est. L. 1. pr. D. 11. 8.

steht nach den Ansichten der Pandektenjuristen jedem auf dem eigenen Grund und Boden unbestritten zu[367]), selbst dann, wenn Andere daran den Nießbrauch oder das Miteigenthum haben[368]), weil jene Befugniß als ein Ausfluß des Eigenthums behandelt wird[369]). Doch wird der Ort durch die Bestattung noch nicht locus religiosus, falls der Nutznießer[370]) und der Miteigenthümer[371]) nicht einwilligt; vielmehr steht ihnen die in factum actio zur Vergütung des Schadens gegen den Inferenten zu[372]). Zum locum facere religiosum ist die Einwilligung des Nutznießers nothwendig, und im Falle des Miteigenthums muß jeder von den Betheiligten zu gleichem Zwecke consentiren. Auf fremden Grundstücken kann kein Leichnam ohne Einwilligung des Grundherrn bestattet werden[373]), wobei es freilich gleichgiltig ist, ob diese Einwilligung der Bestattung vorausgeht oder nachgebracht wird. Nur eine Folge dieser Regel ist es, daß Provinzialgrundstücke ohne Einwilligung des römischen Volkes oder des Kaisers nicht res religiosae werden konnten, da diesen das Obereigenthum an Grund und Boden nach Verschiedenheit der Provinzen zukam[374]); doch sind auch solche Grundstücke schon zeitig nach ähnlichen Grundsätzen behandelt worden, wie wahre res religiosae. Im Justinianischen Rechte, wo die alten Unterschiede zwischen italischen und Provinzialboden verschwunden sind, ist diese Unterscheidung als unnütz weggefallen. In ein gemeinschaftliches Grabmal kann jeder von den Theilhabern auch ohne Einwilligung der Uebrigen Leichname einlegen[375]). 2) Der, welchem die Bestattungsbefugniß zukommt, muß einen Leichenzug veranstaltet haben; aber 3) an der Ausführung desselben gewaltsamer Weise gehindert worden sein[376]). Gleichgiltig ist, ob die Störung den Begräbnißact selbst betraf, oder ob nur der Weg zum Bestattungsorte abgeschnitten ward[377]); vorausgesetzt nämlich, daß, wenn der Weg zum Grabmale über ein fremdes Grundstück führt, die Befugniß darüber zu gehen zu-

---

367) Caius, inst. II. §. 6. L. 6. §. 4. D. 1. 8. L. 1. §. 2. D. 11. 8. L. 1. §. 17. D. de usufructu. (7. 1.) Vgl. §. 9. J. 2. 1. Besonders gründlich ist hier de Retes l. c. §. 34. tom. VII. p. 534.

368) L. 43. D. de religiosis. (11. 7.)

369) L. 43. D. 11. 7. Daraus erklärt sich der seltsame Ausdruck in L. 2. §. 2. D. 43. 1., wo in Bezug auf das vorliegende Interdict gesagt wird: velati proprietatis causam continet.

370) L. 2. §. 7. L. 43. D. 11. 7. §. 9. J. 2. 1. ibique Theophilus.

371) L. 43. D. 11. 7. L. 3. §. 6. D. communi dividundo. (10. 3.) §. 9. J. 2. 1.

372) L. 2. §. 2. L. 8. §. 4. L. 7. pr. §. 1. D. 11. 7.

373) L. 6. §. 4. D. 1. 8. L. 2. C. 3. 44. §. 9. J. 2. 1. Vgl. L. 2. §. 7 u. 8. D. 11. 7. L. 6. §. 6. D. communi dividundo. (10. 3.)

374) Caius, inst. II. §. 7.

375) L. 6. §. 6. D. 10. 3. §. 9. J. 2. 1. Vgl. de Retes l. c. p. 534.

376) Mortuum inferre et ibi sepelire liceat, vim fieri veto. L. 1. pr. D. 11. 8.

377) L. 1. §. 1 u. 3. D. ibid.

stand[378]). Auch kommt darauf nichts an, ob die Störung den Befugten oder aber seinen Bevollmächtigten betraf[379]). Der Zweck des Interdictes ist der, künftige Störungen zu verhüten, daher seine prohibitorische Fassung[380]). Von Schadenersatz ist dabei nicht die Rede, weil zu diesem Zwecke schon die in factum actio ausreicht, welche neben dem Interdicte eine Condemnation auf das Interesse erwirken kann[381]). Beklagt wird der Störer[382]), der Kläger muß aber das Recht der Bestattung beweisen, ja dieses Recht kann ihm auch im Wege des Interdictprozesses zugesprochen werden, es wird sogar vermuthet, wofern der Kläger sein Eigenthum an dem Bestattungsorte nachweist[383]). Ungewiß ist, ob das Interdict activ und passiv auf die Erben übergeht[384]); die Analogie der zu ähnlichem Zwecke zustehenden in factum actio entscheidet nicht, da Cajus die Meinung derer, welche diesen Uebergang leugneten, als ungegründet verwirft[385]), obgleich manche neuere Rechtslehrer sein Zeugniß so aufgefaßt haben, als ob auch er der gegentheiligen Meinung zugethan wäre[386]). Von der Beschränkung des Interdictes auf ein Jahr findet sich keine Spur; daher es wohl dauernd zusteht, und darauf hat man um so leichter kommen können, da die concurrirende in factum actio eine actio perpetua ist[387]). Ueber die Frage, wie und unter welchen Bedingungen das Interdict heutzutage anwendbar sei, darüber hat die neuere Doctrin folgende Regeln festgestellt: 1) Der Wirkungskreis des Interdictes erstreckt sich hauptsächlich nur auf Familien- und Erbbegräbnisse, weil im heutigen Rechte außerdem der Gegenstand polizeilich, also nicht auf dem Wege der Civilklage abgemacht wird[388]). 2) Der Begriff der Verhinderung ist heutzutage auch auf Alles zu beziehen, was die Anordnung des Leichenconductes gegen den Willen der Berechtigten verzögern würde[389]), z. B. auf die Beschlagnahme des Leichnams von Seiten der Gläubiger[390]), auf die Einwendung von Appellationen gegen das Begräbniß, die schon nach dem Kirchenrechte keine Suspensivkraft haben[391]) u. s. w.

---

378) L. 1. §. 3. D. ibid.
379) L. 8. §. 1. D. 11. 7.
380) L. 1. pr. §. 4. D. 11. 8. L. 9. D. 11. 7.
381) L. 8. §. 1. L. 9. D. 11. 7.
382) Ebendaselbst.
383) L. 43. D. 11. 7.
384) Unterholzner, a. a. O. S. 169, hat die Frage verneint.
385) L. 9. D. 11. 7.
386) So v. Glück a. a. O. Bd. 11, S. 452; Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 169.
387) L. 9. D. 11. 7. Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 169.
388) So v. Glück a. a. O. Th. 11, S. 459, und Unterholzner a. a. O. Th. 2, S. 169.
389) Vgl. de Retes l. c. §. 35. p. 537.
390) L. 6. C. de sepulcro violato. (9. 19.) Nov. 60. cap. 1.
391) Nach der Usualinterpretation von cap. 5. X. de appellationibus. (2. 28.)

Interdictum de precario[392]). Precarium[393]) heißt zur Zeit der classischen Juristen die formlose Uebertragung des Besitzes und Gebrauches einer Sache an einen Anderen, welche lediglich auf dessen Bitten hin vorgenommen wird[394]). Die römischen Juristen gehen dabei von der Ansicht aus, daß es eine reine Gefälligkeit von Seiten des Gebers ist[395]), und daß es demnach ganz dem Hingebenden anheim gestellt bleibt, die Zeit des Besitzes und Gebrauches nach eigener Willkür zu bestimmen und die Sache zu jeder Zeit zurück zu verlangen[396]). Dieses Widerrufungsrecht ist im Precarium so wesentlich, daß es auch vor dem Termine statt hat, wenn es von Anfang an auf eine bestimmte Zeit verliehen worden ist[397]); dann kann es nämlich auch vor Ablauf der ausgemachten Frist verlangt werden, ohne daß die Einrede des Vertrages entgegenstände[398]). Als Gegenstand des Precarium galten zunächst unbewegliche Sachen, was wohl aus dem alten Laßverhältnisse herrührt, welches mit der Vertheilung einzelner Parcellen des ager publicus an die Clienten von Seiten der Patrone auf willkürliche Kündigung zusammenhängt[399]); zur Zeit der classischen Juristen war die Ausdehnung des Precarium auf bewegliche Sachen bereits allgemein anerkannt[400]), selbst auf Rechte, z. B. auf Servituten, ist es erstreckt worden[401]). Ausgeschlossen ist es bei Sachen, welche dem precario rogans eigenthümlich zugehören[402]), daher es dann keine Obligation erzeugt[403]). Für das Eingehen des Precarium ist, da es aus dem Peregrinenrechte stammt[404]), keine bestimmte Form vorgeschrieben, wesentlich ist nur die Bitte von Seiten des precario accipiens[405]). Daher kann es auch unter Abwe-

---

392) Literatur: de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pars III. im thesaurus iuris ed. Meermann tom. VII. p. 519 sq.; Stockmann, diss. de precario (praes. Rau). Lipsiae 1774. 4.; ganz vorzüglich v. Savigny, das Recht des Besitzes, 6. Ausgabe, S. 555—565; Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 119.

393) Die Form precarium ist die gewöhnliche. Precaria, orum kommt nur vor L. 14. D. 43. 26.

394) L. 2. §. 3. D. 43. 26.

395) L. 1. §. 1. L. 14. D. 43. 26. Paulli sent. rec. V. 6. §. 10.

396) Quamdiu is, qui concessit, patitur. L. 1. pr. D. 43. 26. Vgl. L. 1. §. 2. L. 2. §. 1. L. 15. pr. D. ibid.

397) L. 12. pr. D. 43. 26.

398) Ebendaselbst.

399) Festus, s. v. patres. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 559. Daß dieß Verhältniß zur Entstehung des Precarium Veranlassung gegeben, ist eine sehr wahrscheinliche Vermuthung Niebuhr's.

400) In rebus etiam mobilibus precarii rogatio consistit. L. 4. pr. D. 43. 26.

401) L. 2. §. 3. L. 3. L. 15. §. 2. L. 8. §. 5. D. 43. 26. L. 12. pr. D. de religiosis. (11. 7.) Vgl. Stockmann l. c. p. 20—22.

402) L. 4. §. 3. D. 43. 26. L. 45. pr. D. de regulis iuris. (50. 17.)

403) L. 4. §. 3. D. 43. 26. Eine Ausnahme findet statt bei dem Pfandschuldner, der sich vom Pfandgläubiger den Besitz der verpfändeten Sache precario leihen lassen kann. L. 6. §. 4. D. 43. 26.

404) L. 1. §. 1. D. 43. 26.

405) L. 1. pr. L. 4. §. 3. D. 43. 26.

senden[406]), sogar stillschweigend eingegangen werden, wofern nur die Absicht des Hingebenden klar ist, den Besitz der Sache dem Anderen zu überlassen[407]). Auch ist es nicht gerade an die Persönlichkeit des Erwerbers geknüpft, daher auch mein Procurator in meinem Auftrage oder unter meiner Genehmigung das Precarium für mich erwirbt[408]); selbst durch einen Sclaven, welcher mir erwirbt, wird das Verhältniß möglich[409]). Was für Rechte durch das Precarium auf den precario habens übergehen sollen, das hängt lediglich von der Willensbestimmung des Hingebenden ab; in der Regel ist indeß anzunehmen, daß juristischer Besitz übergeht[410]), doch kann auch ausgemacht werden, daß der precario rogans nur die Detention der Sache haben soll[411]). Nach diesen Grundsätzen regulirt sich auch das Verhältniß des precario rogans zu dritten Personen, daher ihm in der Regel die possessorischen Interdicte gegen diese zustehen, wenn er im Besitze des Precarium gestört wird[412]), und nur ausnahmsweise kommen sie dem precario dans zu, wofern die bloße Detention auf den rogans übergeht[413]). Das Gebrauchsrecht ist stillschweigend im Precarium enthalten, und gilt also, wofern nicht das Gegentheil ausgemacht ist, für gestattet[414]). Vom Erlöschen dieses Rechtes gelten die nämlichen Regeln, welche bei der Uebertragung des Besitzes vorkommen. Auf die Erben geht das Precarium zwar activ über[415]), nicht aber passiv, außer insoweit Verpflichtungen daraus entstehen[416]). Die Obligation, welche aus dem Precarium zwischen dem Geber und Empfänger entsteht, gründet sich ursprünglich lediglich auf prätorisches Recht, d. h. auf die Zuständigkeit des Interdictes de precario; eine civilrechtliche Obligation ward im vorliegenden Falle von Einzelnen geleugnet[417]), von Anderen aber angenommen und zur Zeit der classischen Juristen stand es bereits allgemein fest, daß die actio praescriptis verbis aus dem Precarium zusteht[418]); dieß nun setzt die Annahme einer Civilobligation voraus. Durch den Uebergang dieser Ansicht in die Justinianischen Pandekten haben die Fragmente der classischen Juristen, welche die gegentheilige Meinung aussprechen, eine nur historische Bedeu-

406) Paullus, sent. recept. V. 6. §. 11. L. 9. D. 43. 26.
407) Paullus l. c. L. 4. §. 4. D. 43. 26.
408) L. 6. §. 1. D. 43. 26.
409) L. 4. §. 2. D. 43. 26.
410) L. 4. §. 1. L. 22. pr. D. 43. 26. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 348.
411) L. 10. pr. §. 1. L. 6. §. 2. D. 43. 26. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 349.
412) L. 17. D. 43. 26.
413) L. 6. §. 2. D. 43. 26.
414) L. 1. pr. L. 4. §. 3. L. 15. pr. D. 43. 26.
415) L. 8. §. 1. L. 12. §. 1. D. 43. 26.
416) L. 12. §. 1. D. 43. 26. vgl. mit L. 8. §. 8. D. ibid.
417) L. 14. D. 43. 26. (Paullus.) L. 14. §. 11. D. de furtis. (47. 2.) (Ulpian.) L. 2. C. 8. 9. Dieß bestätigt auch das Kirchenrecht. Cap. 3. X. de precariis. (3. 14.)
418) L. 19. §. 1. D. 43. 26. (Julian.) L. 2. §. 1. D. ibid. (Ulpian.), Paulli sent. recept. V. 6. §. 10.

tung erhalten, sie sollen nämlich erklären, warum das Interdict eingeführt worden ist. Dieses Interdict nun ist seiner Natur nach restitutorisch[419]), zunächst also auf Rückgabe der precario hingegebenen Sache gerichtet; auf den Ersatz des Werthes geht es nur dann, wenn dolus und culpa lata von Seiten des Empfängers nachgewiesen wird[420]); wegen culpa levis steht es gar nicht zu[421]). Von dem Zeitpunkte des interdictum redditum an wird der Beklagte in mora solvendi versetzt; von da an muß er nicht allein omnis causa und alle Früchte der Sache vergüten[422]), sondern auch für jede culpa einstehen[423]), überhaupt den Kläger ganz in die Lage versetzen, in welcher dieser sein würde, wenn die freiwillige Restitution nicht verweigert worden wäre[424]). Als Kläger tritt nicht gerade der Eigenthümer der Sache auf, sondern vielmehr, wer die Sache precario hingegeben hat[425]). Die prätorische Obligation, welche aus dem Interdict entspringt, gründet sich lediglich auf die vitiosa possessio im Verhältnisse des Empfängers zum Geber[426]), also auf ein Delict, welches durch die verweigerte Rückgabe zur Existenz kommt, und diese Obligation bindet nur den, welcher die Sache precario besitzt, oder den Besitz der Sache dolo malo oder culpa lata aufgegeben hat[427]), wobei es dann nicht weiter in Betracht kommt, ob der Beklagte das Precarium selbst erbeten hat oder durch Andere hat erbitten lassen. Ob das Rechtsmittel auf die Erben des Empfängers übergeht, war im älteren Rechte streitig. Einige Juristen haben für den Erben des Empfängers keine precaria possessio angenommen und gegen ihn also nicht sowohl das vorliegende, als vielmehr das interdictum de clandestina possessione gestattet[428]); andere hingegen (und diese Ansicht ist siegreich in die Justinianischen Pandekten übertragen worden) haben die aus dem Precarium entstehende Obligation unbedenklich auf den Erben des Empfängers übertragen, also auch für diesen eine precaria possessio angenommen und demgemäß gegen ihn unbedenklich das vorliegende Interdict[429])

---

419) Restituas. L. 2. pr. D. 43. 26. Vgl. L. 2. §. 1. cit. Paullus l. c. §. 10.

420) Aut dolo malo fecisti, ut desineres habere. L. 2. pr. D. 43. 26. Vgl. L. 8. §. 3. 5. 6. D. ibid. L. 23. D. de diversis regulis iuris antiqui. (50. 17.)

421) L. 8. §. 3 u. 6. D. 43. 26.

422) L. 8. §. 6. D. ibid.

423) L. 8. §. 4 u. 6. D. ibid. L. 14. §. 11. D. 47. 2. Vgl. de Retes l. c. p. 520.

424) L. 8. §. 4 u. 6. D. 43. 26.

425) L. 6. §. 4. L. 7. L. 8. pr. L. 11. D. 43. 26. Vgl. Stockmann l. c. p. 27.

426) L. 22. §. 1. D. 43. 26. vgl. mit L. 2. §. 2. L. 15. pr. D. ibid. Vgl. Stockmann l. c. p. 26.

427) L. 2. pr. L. 8. §. 3—6. D. 43. 26.

428) Paullus l. c. §. 12. Spuren der Controverse finden sich in L. 11. D. de diversis temporalibus praescriptionibus. (44. 3.)

429) L. 8. §. 8. L. 12. §. 1. D. 43. 26. L. 2. C. 8. 9.

gestattet und zwar so, daß sie ihn, gleich wie den Empfänger, für dolus und culpa lata haften ließen[430]), wobei weiterhin nicht unterschieden ward zwischen arglistiger Aufgabe des Besitzes von seiner Seite und dolosem Nichterwerbe desselben. Aus dem dolus des Verstorbenen haftet der Erbe nur so weit, als durch denselben etwas in sein Vermögen gekommen ist (quatenus ad eum pervenit)[431]). Seiner Dauer nach ist das Interdict nicht auf ein Jahr beschränkt[432]), wohl aber ist darauf die durch das spätere Recht eingeführte dreißigjährige Klagenverjährung anwendbar, allein auch sie kann erst von dem Zeitpunkte anheben, wo die Verweigerung der Restitution vorgefallen ist[433]). Die Einrede der vitiosa possessio ist nach den Worten des prätorischen Edictes ausgeschlossen und wird auch in dem Pandektentitel, welcher das Precarium behandelt, nicht erwähnt. Das Interdict fällt weg: 1) wenn dem Geber für die Rückgabe der Sache besonders Caution geleistet worden ist[434]), und dieß hängt wahrscheinlich mit der früherhin weit schärfer hervortretenden subsidiären Stellung des Interdictes zusammen[435]); 2) wenn Personen, welche in der potestas stehen, ohne Vorwissen des Herrn oder Vaters das Precarium im eigenen Namen erbeten haben[436]). Dann nämlich steht das Interdict zwar gegen den rogans insofern zu, als es überhaupt seinen allgemeinen Grundlagen nach zustehen kann, aber gegen den Inhaber der potestas geht es nur insoweit, als das Peculium des rogans zureicht, oder aber eine in rem versio nachgewiesen werden kann. — Manche neuere Juristen haben die Anwendbarkeit des Interdictes im heutigen Rechte bezweifelt, weil das Precarium im Commodatum aufgegangen sei. Allein diese Ansicht beruht lediglich auf einer falschen Auffassung beider Begriffe, welche schon nach ausdrücklichen Zeugnissen der Pandektenjuristen auseinander gehalten werden müssen[437]). Auch sind die rechtlichen Grundsätze, nach welchen beide Institute beurtheilt werden, durchaus verschieden. Selbst das Kirchenrecht hat den Begriff des Precarium in seiner ursprünglichen Reinheit erhalten[438]), und also gewiß nicht die Veranlassung zu dieser Verwechselung gegeben.

Ob das Interdict auf die Precareien des Kirchenrechtes Anwendung leidet, das ist eine Frage, welche von den meisten Rechtslehrern verneint wird[439]). In der That scheint auch die Natur des Institutes dafür zu sprechen. Precareien sind nämlich fruchttragende Kirchengüter, welche bestimmten Personen zum Zwecke ihres Unterhaltes auf eine gewisse Reihe von Jahren, meistens auf fünf, zur Benutzung unentgelt-

430) L. 8. §. 8. D. ibidem.
431) Ebendaselbst.
432) L. 8. §. 7. D. 43. 26.
433) Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 562.
434) L. 15. §. 3. D. 43. 26.
435) Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 558, Note 1.
436) L. 13. D. ibid.
437) L. 1. §. 3. D. ibid. Paullus l. c. §. 10.
438) Cap. 3. X. de precariis. (3. 14.)
439) Vgl. Stockmann l. c. §. IX. p. 29.

lich überlassen werden. Sie sind mit dem römischen Precarium durch nichts, als durch die Aehnlichkeit des Namens verwandt; ja, daß bei ihnen das Wesentliche des Precarium, das Widerrufungsrecht, dem Leihenden innerhalb der Laßfrist nicht zusteht, ist ausdrücklich anerkannt worden [440].

Interdictum de ripa munienda heißt das prohibitorische Interdict, das zum Schutze von Bauten in und an öffentlichen Flüssen gegen Störungen gegeben wird [441]. Die Bedingungen dieses Interdicts sind: 1) Ein öffentliches Gewässer. Das prätorische Edict sprach zunächst nur von öffentlichen Flüssen [442], doch ist das Interdict zur Zeit der classischen Juristen auch auf Seen, Teiche, Canäle und Lachen angewendet worden [443], wahrscheinlich als utile. 2) Ein Bau in diesem Gewässer oder am Ufer desselben [444]. Gleichgiltig ist, ob er ein Neubau ist oder nur die Ausbesserung eines älteren Werkes bezweckt. Auf Neubaue deuten die Edictworte: opus facere [445], von der Herstellung stehender Werke spricht Ulpian [446]. 3) Der Bau muß den Zweck haben, das Flußufer oder den umliegenden Acker zu schützen [447]. Hier kommen vorzüglich in Frage Flußdämme und Deiche, die den Zweck haben, Ueberschwemmungen abzuhalten, oder den Durchbruch des Flusses zu verhindern. 4) Das Werk darf der Schifffahrt auf dem Flusse keinen Eintrag thun [448]. 5) Der Bauende muß vor dem Baue den Ufernachbarn oder denen, welche jenseits des Flusses wohnen, die cautio damni infecti auf 10 Jahre geleistet oder wenigstens angeboten haben [449]. Die Art und Weise, wie die Caution geleistet wird, ist entweder ein einfaches Versprechen oder die Satisdation, d. h. die Stellung von Bürgen zur Sicherung eines gegebenen Versprechens [450]; welche von diesen Formen auf den vorliegenden Fall paßt, wird nach der Persönlichkeit des Bauenden beurtheilt [451]. Sie soll nach dem billigen Ermessen eines Schiedsmannes geleistet [452]; sie soll ferner vor dem Baue angeboten werden; das ist im Edicte ausdrücklich vor-

---

440) Cap. 3. X. de precariis. (3. 14.)

441) Litteratur: de Retes, de interdictis et remediis possessoriis pars V. nr. IV. §. 13. im thes. iuris ed. Meermann tom. VII. p. 530 sq.; Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 203.

442) In flumine publico. L. 1. pr. D. 43. 15. Vgl. L. 1. §. 1. D. ibidem.

443) L. 1. §. 6. D. ibid.

444) L. 1. pr. §. 1. D. ibid.

445) L. 1. pr. D. ibid.

446) L. 1. §. 1. D. ibid.

447) L. 1. pr. D. ibid.: Ripae agrive, qui circa ripam est, tuendi causa. L. 1. §. 1.: Ripas fluminum publicorum reficere utilissimum est.

448) L. 1. pr. §. 2. D. ibid.

449) L. 1. pr. §. 3—5. D. ibid. Darauf bezieht sich eine andere Stelle des prätorischen Edictes, L. 15. §. 2. D. de damno infecto. (39. 2.)

450) L. 1. pr. u. §. 3. D. ibid. In L. 15. §. 2. D. 39. 2. wird nur die Satisdation genannt.

451) L. 1. §. 3. D. 43. 15.

452) L. 1. pr. §. 3. D. ibid.

geschrieben, und findet seine Erklärung in dem Thatumstande, daß ohnedem dem Beschädigten zum Ersatze des durch den Bau verursachten Schadens nur die actio legis aquiliae übrig bleiben würde[453]. 6) Der Bauende muß in der Arbeit gewaltsam gestört worden sein[454]. Dieß beurtheilt man nach den Regeln, welche bei dem interdictum de via publica reficienda vorkommen. Beklagt wird jeder, welcher den Bauenden widerrechtlich stört. Das Interdict bezweckt lediglich die Verhütung künftiger Störungen; darauf deutet seine prohibitorische Fassung; von Schadenersatz für die verursachte Störung wird in den Justinianischen Pandekten nichts erwähnt; auch nichts von Exceptionen, die dem Interdicte entgegenständen. Wahrscheinlich ist es analog auch auf den Fall ausgedehnt worden, wenn ich einen bereits stehenden Wasserdamm auf einem fremden Grundstücke ausbessern will, und diese Ausbesserung mir nützt, dem Nachbar aber nichts schadet[455].

Interdictum de rivis heißt in der Kunstsprache[456] der römischen Juristen das prohibitorische Interdict, welches demjenigen, welcher im Besitze einer Wasserleitung ist, zusteht, wenn er diese Wasserleitung ausbessern will und daran von einem Anderen gehindert wird. Die Bedingungen des Interdictes, welches mit dem de aqua quotidiana und aestiva schon nach der Stellung der betreffenden Pandektentitel in unverkennbarem Zusammenhange steht, sind im einzelnen folgende: 1) Es muß eine Wasserleitung vorliegen[457]. Dabei ist es gleichgiltig, ob sie auf öffentlichem oder auf privatem Grund und Boden steht[458]; und ob sie zur Leitung von kaltem oder warmem Wasser bestimmt ist[459]. Selbst auf die Leitungen, welche die Wasserdämpfe aus den Bädern abführen, ist das Interdict ausgedehnt worden[460]. 2) Diese Leitung muß vom Interdicenten während eines bestimmten Zeitraumes gebraucht worden sein. Dieser Zeitraum ist nach dem prätorischen Edicte entweder das laufende Jahr oder aber der vorige Sommer[461]. Der Begriff des Gebrauches bestimmt sich ganz nach den Regeln, welche bei dem interdictum de aqua gelten, daher denn auch hier die Ueberzeugung des Besitzers verlangt wird, daß ihm das Wasserleitungsrecht zusteht.

---

453) L. 1. pr. §. 5. D. ibid. L. 7. §. 1. D. 39. 2. L. 11. §. 8. L. 14. §. 2. D. de aqua et aquae pluviae. (39. 3.) Sehr gut sind hier die Bemerkungen von de Retes l. c. §. 13. p. 531.

454) Vim fieri veto. L. 1. pr. D. 43. 15.

455) Davon ist zu verstehen die merkwürdige L. 2. §. 5. D. 39. 3. Vgl. Unterholzner a. a. O. Th. 2, S. 209.

456) Literatur: Caepolla, de servitutibus rusticorum praediorum tract. 2. cap. 4. p. 373 sq.; de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pars IV. §. XXX—XXXIV. im thes. iuris ed. Meermann tom. VII. p. 527.; v. Savigny, das Recht des Besitzes, 6. Ausgabe, S. 600 flg.

457) L. 1. pr. u. §. 8. D. de rivis. (43. 21.)

458) L. 3. §. 4. D. ibid.

459) L. 3. §. 5. D. ibid.

460) L. 3. §. 6. D. ibid.

461) L. 1. pr. §. 9. D. ibid.

Auf die Frage, ob eine wirkliche Berechtigung zum Wasserleiten vorliegt, kommt nichts an[462]). 3) Es muß eine Reinigung oder Ausbesserung der Wasserleitung beabsichtigt werden. Das Edict nennt in dieser Beziehung die Wiederherstellung der Wassergänge und der zur Ableitung des Wassers in den Fluß eingesetzten Dämme, ingleichen das Reinigen dieser Gegenstände[463]), doch hat die Doctrin das Interdict auch gestattet, wenn zu diesem Zwecke Baumaterial angefahren oder fortgeschafft wird. Als Ausbesserung gilt es aber nicht, wenn aus einem natürlichen Wassergraben eine steinerne Wasserleitung gemacht[464]) oder eine offene Wasserleitung bedeckt[465]) oder wohl gar der Platz derselben verändert werden soll[466]); überhaupt jede Veränderung, welche entweder die Ausbreitung oder das Tieferlegen des Wassers bezweckt[467]). Und bei der Bedeckung einer offenen oder bei der Offenlegung einer bedeckten Wasserleitung wird das Interesse des Gegners in Betracht gezogen, da dergleichen Handlungen nur insofern erlaubt scheinen, als sie ihm keinen größeren Eintrag thun, als der bisherige Zustand der Leitung[468]). 4) Es muß eine gewaltsame Störung vorgefallen sein, welche entweder die beabsichtigte Reinigung und Wiederherstellung der Wasserleitung unmöglich macht oder sie wenigstens erschwert[469]). Dabei ist gleichgiltig, ob diese Störung gegen den Reficienten selbst oder gegen dessen Bauleute ausgebracht wird; ob sie die Arbeit oder nur das Herbeischaffen und Fortschaffen der Baumaterialien betrifft[470]); auch gilt schon die operis novi nuntiatio, die gegen den Bau ausgebracht wird, für hinreichend zur Begründung des Interdictes[471]). Ueber die Personen, unter welchen das Interdict zusteht, gelten die nämlichen Grundsätze, wie bei dem interdictum de aqua[472]), und das hat man in neuerer Zeit so ausgelegt, als ob das fragliche Interdict dieselben Bedingungen habe, wie die interdicta de aqua[473]). Die Wirkung des Interdictes bestimmt sich nach seinem Zwecke, der nicht allein in der Hinwegräumung der jetzigen Störung, sondern auch in der Verhütung künftiger besteht. Die Verpflichtung zum Schadenersatze wegen der verursachten Störung wird in den Justinianischen Pandekten nicht erwähnt. Der durch das Interdict herbeigeführte Rechtszustand ist seiner Natur nach nur provisorisch; er dauert nur so lange an, bis der Beklagte im Petitorium die Unrechtmäßigkeit des Baues darthut[474]). Dann freilich versteht es sich von selbst, daß

462) L. 1. §. 9. D. 43. 21. L. 4. D. ibid.
463) L. 1. pr. §. 2—7. D. ibid.
464) L. 1. §. 10. D. ibid.
465) L. 2. D. ibid.
466) L. 1. §. 11. D. ibid.
467) Ebendaselbst.
468) L. 1. §. 11. L. 2. L. 3. pr. D. ibid.
469) L. 1. pr. L. 3. §. 8 u. 10. D. ibid.
470) L. 3. §. 10. D. ibid.
471) L. 3. §. 8. D. ibid.
472) L. 3. §. 7. D. ibid.
473) So v. Savigny a. a. O. §. 46, S. 600.
474) L. 3. §. 7. D. ibid.

in Folge des Petitorium nicht allein der Weiterbau untersagt, sondern auch das Niederreißen des bisher zu Stande gekommenen Werkes erzwungen werden kann. Die Einreden, welche dem Interdicte entgegenstehen, sind hergenommen: 1) von der vitiosa possessio. Diese Einrede gründet sich auf eine besondere Vorschrift des prätorischen Edictes[475]), und wird natürlich nur im Verhältnisse des Klägers zu dem Beklagten gedacht[476]); daher die possessio, welche im Verhältnisse des Klägers zu Dritten vitiosa ist, nicht weiter in Betracht kommt. 2) Von der Unterlassung der vom Kläger zu stellenden cautio damni infecti. Dieser ist nämlich verpflichtet, dem Beklagten für den Ersatz des Schadens zu caviren, der diesem etwa durch die Arbeit zugefügt werden könnte[477]). — Die Einrede der Verjährung bleibt nach den allgemeinen Grundlagen des Interdictes ausgeschlossen.

Interdictum de sepulcro aedificando[478]) heißt das prohibitorische Interdict zum Schutze gegen Störungen im Aufbaue oder in der Ausschmückung eines Grabmales. Die Bedingungen desselben sind folgende: 1) Es müssen auf einem Grundstücke zur Errichtung eines Grabmales oder zu dessen Ausschmückung Arbeiten vorgenommen werden[479]). Auch die Ausbesserung von bereits stehenden Grabmälern gehört in das Bereich des Rechtsmittels[480]); doch muß dann vorher bei der competenten Behörde, welche die Aufsicht über Religionssachen hat, Erlaubniß eingeholt werden[481]). Das Edict hat nur das sepulcrum aedificare namhaft gemacht[482]). 2) Dem, welcher diese Arbeiten unternommen hat, muß die Befugniß zustehen, auf diesem Grundstücke einen Leichnam beizusetzen[483]). Wo nicht, wird er von dem Eigenthümer unbedenklich gehindert werden können[484]). Wem die Befugniß zusteht, wird nach den Grundsätzen beurtheilt, welche bei dem interdictum de mortuo inferendo gelten. 3) Der Unternehmer muß die Arbeit nicht absichtlich in einer Art und Weise ausführen, welche dem Prohibenten Schaden bringen möchte[485]); also hat er auch die gesetzliche Entfernung des Grabmales vom Gebäude des Nachbars zu beachten, sonst wird ihm ohne weiteres der Bau unter-

---

475) L. 1. pr. L. 1. §. 9. D. ibid.
476) Quam uti priore aestate non vi, non clam, non precario a te duxit. L. 1. pr. D. ibid.
477) L. 4. §. 9. D. ibid.
478) Literatur: de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pars V. §. 35. im thesaurus iuris ed. Meermann tom. VII. p. 537.; v. Glück, Erläuterung der Pandekten Th. 11, S. 456—458; Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 209.
479) L. 1. §. 6—8. L. 3. §. 1. D. de religiosis. (11. 7.)
480) L. 1. §. 9. D. 11. 7.
481) L. 5. §. 1. D. 11. 7.
482) L. 1. §. 5. D. ibid.
483) Quo illi ius est, invito te, mortuum inferre. L. 1. §. 5 u. 7. D. ibid.
484) L. 1. §. 8. D. ibid.
485) Sine dolo malo aedificare liceat. L. 1. §. 5. D. ibid.

sagt werden[486]). 4) Der Unternehmer muß in der Arbeit selbst o[der] wenigstens in den Vorarbeiten von Jemand gewaltsamer Weise gest[ört] sein[487]). Als Beispiel einer solchen Störung wird namhaft gemacht, daß die Anlegung und Befestigung der Baugerüste oder das Zusammenfahren der Baumaterialien gehindert[488]), oder Vorrichtungen getroffen werden, welche den Einsturz des Grabmales bezwecken[489]). Der Zweck des Interdictes ist, künftige Störungen von dem Bauenden abzuwehren[490]); von Schadenersatz ist nirgends die Rede. Diesem Zwecke entspricht auch die prohibitorische Fassung des Rechtsmittels; jedenfalls muß aber der Kläger sein Baurecht beweisen; doch wird es präsumirt, wenn er sein Eigenthum am Grund und Boden nachweist. Führt er diesen Beweis, so muß ihm das Recht auch im Interdictprozeße zugesprochen werden. Beklagt wird, wer die gewaltsame Störung vorgenommen hat. Vom Uebergange des Interdictes auf die Erben, von Exceptionen kommt nichts vor. Wahrscheinlich ist es nicht blos auf die Dauer eines Jahres beschränkt. — Daß es aus Religionsrücksichten, nicht um Privatzwecke zu fördern, eingeführt ist, bezeugt Seneca[491]) und Ulpian[492]).

In den Justinianischen Pandekten, ja schon im Edictcommentar Ulpian's wird das vorliegende Interdict genau mit dem interdictum de mortuo inferendo verbunden, nicht blos wegen Identität des Gegenstandes, worauf sich beide Rechtsmittel beziehen, sondern auch, weil sie gemeinschaftlich die Zuständigkeit des Beisetzungsrechtes voraussetzen, mithin in der Richtung des Beweises und in der Eigenthümlichkeit der Condemnation viel Aehnlichkeit mit einander haben. Wahrscheinlich sind demnach die Grundsätze, welche bei dem interdictum de mortuo inferendo gelten, auch auf das vorliegende Interdict anwendbar, insofern sie nicht dessen Grundlagen widersprechen.

Interdictum de superficiebus heißt das prohibitorische Interdict, mit welchem sich der Superficiar im Quasibesitze der Superficies gegen Störungen von außen her schützt[493]). Superficies heißt in der Kunstsprache der römischen Juristen die durch Kauf oder Miethe entstehende Berechtigung auf die Oberfläche eines Grundstückes zum Zwecke des Häuserbaues auf fremden Grund und Boden[494]). Man betrachtete

486) L. 3. §. 1. ibid.
487) Vim fieri veto. L. 1. §. 5. D. ibid.
488) L. 1. §. 8. D. ibid.
489) L. 1. §. 10. D. ibid.
490) Daher in L. 2. §. 2. D. 43. 1. in Rücksicht auf dieses Interdict gesagt wird: velut proprietatis contineat.
491) Epistolar. 86.
492) L. 1. §. 6. D. 11. 7.
493) Literatur: de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pars II. §. 25—29. im thesaurus iuris ed. Meermann tom. VII. p. 512 sq.; v. Savigny, das Recht des Besitzes, 6. Ausg., S. 608—610; Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 121.
494) L. 1. §. 1 u. 4. L. 2. D. de superficiebus. (43. 18.) Vgl. v. Buchholtz, juristische Abhandlungen Nr. 25, S. 306 flg.; vorzüglich aber

als ein ius in re[495]), als eine servitus[496]), die freilich nicht nach Civilrecht, wohl aber nach prätorischem constituirt wird. Zum Schutze dieser Berechtigung gab es im Civilrechte keine anderen Klagen für den Superficiar, als die actio emti und locati gegen den Grundherrn, um diesen zur Anstellung der ihm zuständigen petitorischen und possessorischen Klagen zu zwingen[497]); erst das prätorische Edict verwilligte dem Superficiar eine ausgedehnte in rem actio zur Vindication der Servitut[498]), außerdem hat es auch das oben genannte Interdict eingeführt, welches deßhalb vom interdictum uti possidetis geschieden worden ist, weil man sich das Verhältniß des Superficiars zum Hause nicht als einen Sachbesitz, sondern nur als eine quasi possessio zu denken gewohnt war[499]). Die Erfordernisse dieses Interdictes sind folgende: 1) Superficies auf fremdem Grund und Boden. 2) Der Superficiar muß sich im Quasibesitz dieser Superficies befinden. Dieß ergibt die Vergleichung mit dem interdictum uti possidetis. 3) Dieser Quasibesitz muß ordnungsmäßig ausgeübt werden, d. h. nach der lex locationis[500]). Wahrscheinlich erstreckt sich die Vorschrift nicht sowohl auf den Grund des Besitzes, auf den titulus possessionis[501]), als vielmehr auf die einzelnen im Contracte namhaft gemachten Rechte und ihre Beschränkung nach Raum und Zeit; das erste, inwiefern die Superficies auch an einzelnen Stockwerken eines Hauses bestellt werden kann[502]); das zweite, inwiefern der Contract nicht auf immer, sondern nur auf eine bestimmte Reihe von Jahren lautet[503]). 4) Der Kläger muß noch gegenwärtiger Besitzer sein, d. h. zur Zeit der Litiscontestation den Quasibesitz ausüben[504]). Dieß folgt aus der Vergleichung mit dem interdictum uti possidetis[505]). 5) Dieser Quasi-

---

Büchel, über iura in re und deren Verpfändung S. 56—71. Daß sie auch auf öffentlichem Grund und Boden möglich war, beweisen L. 2. §. 17. D. ne quid in loco publ. (43. 8.) L. 32. D. de contrah. emtione vend. (18. 1.)

495) L. 32. D. 18. 1. L. 19. pr. D. de damno infecto. (39. 2.)

496) L. 86. §. 4. D. ibid. Vgl. die treffliche Abhandlung Rudorff's, Beitrag zur Geschichte der superficies, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 11, S. 228 flg., 238.

497) L. 1. §. 1. D. 43. 18.

498) L. 1. pr. §. 3. 6. D. ibid. Vgl. Büchel a. a. O. S. 57 flg., Rudorff a. a. O. Bd. 11, 234 flg.

499) So v. Savigny a. a. O. S. 609. Die Beziehung des possidere in L. 1. §. 1. D. 43. 18. auf die Rechte der Ansässigkeit, welche Rudorff, a. a. O. Bd. 11, S. 237, vorschlägt, ist wohl wegen der speciellen Beziehung der Stelle auf das Interdict unbedingt zu verwerfen. Wird doch possidere oft genug allein auf den Quasibesitz von Rechten bezogen. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 210.

500) Uti ex lege locationis sive conductionis superficie — fruemini. L. 1. pr. D. 43. 18. L. 3. §. 7. D. 43. 17.

501) L. 1. §. 1. D. ibid.: Neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat.

502) L. 3. §. 7. D. 43. 17.

503) L. 1. §. 3. D. 43. 18.

504) §. 4. J. 4. 15. Darauf deutet auch das fruemini in L. 1. pr. D. 43. 18.

505) Vim fieri veto. L. 1. pr. D. 43. 18.

besitz muß von Seiten des Beklagten gewaltsam gestört worden sein [506]. Sonst wäre Niemand vorhanden, welcher belangt werden könnte. 6) Die gewaltsame Störung darf den Besitz in der Person des Interdicenten nicht aufgehoben haben [507]. Auch dieß ergibt sich aus der Vergleichung des interdictum uti possidetis. — Der Zweck des Interdictes ist die Aufhebung der Folgen gegenwärtiger und die Abwendung künftiger Störungen; dem entspricht die prohibitorische Fassung desselben, und die stäte Vergleichung mit dem interdictum uti possidetis; wahrscheinlich ist es also retinendae quasi possessionis, obschon dieß in den Quellen des römischen Rechtes nicht ausdrücklich gesagt wird [508]. Von Schadenersatz wegen der verursachten Störung wird nur unter denselben Voraussetzungen auch hier die Rede sein können, wie bei dem interdictum uti possidetis. Mit diesem hat es auch die Duplicität gemein [509], und das hängt mit dem Umstande zusammen, daß der Prätor beide Parteien in der Interdictformel zusammen anredet [510]. Die wichtigste Folge dieser Duplicität ist, daß auch der Kläger condemnirt werden kann, sobald es sich im Beweisverfahren herausstellt, daß der Beklagte den Quasibesitz der Superficies habe, oder daß derselbe vom Interdicenten rücksichtlich des Beklagten vi, clam oder precario erworben worden sei. Von Einreden, welche dem Interdicte entgegenstehen, kommt nur die der vitiosa possessio vor, so weit sie vom Beklagten herrührt und diese wird schon in der Interdictformel namhaft gemacht [511]; rücksichtlich Dritter kommt sie nicht weiter in Betracht. Die Einrede der Verjährung wird zwar in den römischen Rechtsquellen nicht erwähnt, sie muß aber zweifelsohne nach Analogie des interdictum uti possidetis angenommen werden, und da gründet sie sich auf den Ablauf eines annus utilis.

Als Grund, warum das interdictum de superficiebus eingeführt worden ist, wird angegeben, daß das interdictum uti possidetis zum Schutze der Superficies nicht ausreichte [512], also für den Superficiar ein neues Rechtsmittel nöthig ward, welches sich nur als eine Ausdehnung des ersteren herausstellt [513]. Es heißt demnach geradezu: veluti possidetis interdictum und wird, wofern nicht besondere Grundsätze durch die Doctrin dafür festgestellt worden sind, nach den Regeln des inter-

---

506) Bei gewaltsamer Dejection ist das interdictum de vi zuständig. L. 1. §. 5. D. 43. 16. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 610.

507) Quominus fruamini, vim fieri veto. L. 1. pr. D. 43. 18.

508) Vielleicht deutet darauf die Aeußerung Ulpian's in L. 1. §. 2. D. ibid. Tuetur itaque praetor eum, qui superficiem petit, veluti uti possidetis interdicto.

509) L. 1. §. 2. D. ibid.

510) L. 1. pr. D. ibid.: Uti — fruemini, quominus fruamini —. Vgl. Caius, inst. IV. §. 160.

511) L. 1. pr. §. 2. D. 43. 18.

512) L. 3. §. 7. D. 43. 17.

513) L. 3. §. 7. D. 43. 17. L. 1. §. 2. D. 43. 18. Daher folgt in den Justinianischen Pandekten der Titel de superficiebus (43. 18.) gleich auf den Titel uti possidetis (43. 17.)

dictum uti possidetis beurtheilt[514]). Nach der Einführung dieses neuen Rechtsmittels hat sich das Verhältniß beider Interdicte also gestaltet: dem Grundherrn gestand man wie früher das interdictum uti possidetis rücksichtlich des Grundstückes zu, weil nur er den wahren Besitz desselben hat, selbst gegen den Superficiar, sofern dieser seine Befugniß überschreitet[515]); dem Superficiar sprach man das interdictum uti possidetis völlig ab, gestattete ihm aber dafür das interdictum de superficiebus zum Schutze des contractmäßigen Quasibesitzes und zwar nicht nur gegen Dritte, sondern vielleicht auch gegen den Grundherrn, wenn sich dieser Eingriffe in die Befugnisse des Superficiar erlaubte.

Interdictum de tabulis exhibendis[516]) heißt das Interdict, womit Jeder, welcher ein begründetes Interesse hat, das schriftliche Testament eines Verstorbenen einzusehen, den, welcher es in Händen hat, zwingen kann, dasselbe vorzuzeigen. Die Einführung des Rechtsmittels hängt, wie es scheint, mit der bonorum possessio secundum tabulas zusammen, welche in der älteren Zeit nur als ein provisorisches Rechtsmittel galt, um die Beklagtenrolle in der hereditatis petitio nach gewissen Regeln unter den streitenden Parteien festzustellen[517]), und in diesem Zusammenhange hatte es wohl hauptsächlich den Zweck, diese bonorum possessio möglich zu machen. Die weiteren Grundsätze des Interdictes, namentlich die Form, in welcher es im Edicte behandelt wird[518]), hängen auf das genaueste mit der Lehre von der Eröffnung der Testamente zusammen, welche namentlich unter dem Einflusse der lex de vicesima hereditatium[519]) zur Zeit der classischen Juristen in folgender Weise ausgebildet war. Das Testament soll nach dem Tode des Erblassers baldmöglichst eröffnet werden[520]), weil eben sowohl den Betheiligten als dem Staatsschatze, welcher die vicesima beansprucht, an der Beschleunigung dieses Actes liegen muß. Die Zeitfrist hatten kaiserliche Rescripte zwar verschiedentlich bestimmt, indeß stand es schon zu den Zeiten des Paullus fest, daß dieß binnen drei oder fünf Tagen geschehen müsse; im Falle der Abwesenheit der Betheiligten ward die Frist vom Augenblicke ihrer Rückkunft berechnet. Die Art und Weise des Eröffnungsactes ist folgende: die Testamentsurkunde wird versiegelt dem

514) L. 1. §. 2. D. ibidem.

515) L. 3. §. 17. D. 43. 17.

516) Literatur: de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pars I. nr. 4. §. 29—33. im thesaurus iuris ed. Meermann tom. VII. p. 503 u. 504.; Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 150 flg.

517) Cic. in Verr. I. cap. 45.: Si de hereditate ambigetur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis, quam e lege oportet, ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo. Die Worte: quam e lege oportet gehen wahrscheinlich auf die Lex Cornelia testamentaria.

518) L. 1. pr. D. de tabulis exhibendis. (43. 5.) Paulli sentent. recept. IV. 7. §. 6.

519) Das ist die Lex in Paull. l. c. IV. 6. §. 3.

520) Paull. l. c. IV. 6. §. 3.

Magistrate übergeben[521]), welcher zur Eröffnung die anwesenden Testamentszeugen, oder in deren Ermangelung andere Männer von bewährtem Rufe vorzuladen hat. Anwesende Zeugen haben zuvor ihre Siegel zu recognosciren[522]); hierauf wird der Leinfaden, mit dem die Urkunde verschlossen ist, zerrissen, ihr Inhalt laut und deutlich vorgelesen[523]) und nach Belieben Abschriften davon gefertigt. Dann wird die Urkunde wiederum versiegelt und zwar mit dem öffentlichen Siegel und im Archive niedergelegt, damit man im Nothfalle neue Abschriften davon nehmen könne[524]). Der ganze Act soll zwischen der zweiten und zehnten Tagesstunde vorgenommen werden[525]). Ueberhaupt gestattet aber der Prätor einem Jeden, das Testament beliebig einzusehen und sich Abschriften davon zu machen[526]), mit Ausnahme der Theile, welche zu Fälschungen Veranlassung geben können, z. B. des Datum[527]), oder Jemand zur Schande gereichen werden[528]), oder deren Eröffnung der Erblasser ausdrücklich verboten hat[529]), oder der Natur der Sache nach unterlassen werden muß, z. B. der Pupillarsubstitution[530]). — An diese Verordnungen des classischen Pandektenrechtes schließt sich das vorliegende Interdict auf das genaueste an. Die Erfordernisse sind im einzelnen folgende: 1) Es muß irgend eine letztwillige Verordnung einer bestimmten, näher anzugebenden Person vorliegen, und dieß hat schon das Edict angegeben[531]). Dabei ist gleichgiltig, ob es ein jüngeres oder älteres Testament ist[532]), ob die Urkunde in einem oder in mehreren Exemplaren von Anfang an ausgefertigt ward[533]), und ob sie das ganze Testament oder nur einen Theil desselben enthält[534]). Ferner kommt auch die Giltigkeit des Testamentes nicht weiter in Frage[535]); daher auch die Vorzeigung von iniusta, rupta und falsa testamenta erzwungen werden kann. 2) Der Verfasser dieser Urkunde

---

521) Paullus l. c. IV. 6. §. 1 u. 2., III. 5. §. 17. L. 2. §. 4. L. 4—7. D. testamenta quemadmodum aperiantur. (29. 3.) L. 3. §. 9. D. 43. 5. L. 2. C. 6. 32.

522) Paullus l. c. IV. 6. §. 1. L. 4 u. 6. D. 29. 3. L. 3. §. 9. D. 43. 5.

523) Paullus l. c. IV. 6. §. 1. L. 7. D. ibid.

524) Paullus l. c. IV. 6. §. 1.

525) Paullus l. c. IV. 6. §. 2.

526) Paullus l. c. IV. 6. §. 1. L. 1. pr. L. 2. §. 4—7. L. 7. D. 29. 3.

527) L. 2. §. 6. D. 29. 3. L. 3. C. 6. 32.

528) L. 3. C. 6. 32.

529) L. 3. C. ibid.

530) L. 8. C. 29. 3.

531) Quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicetur. L. 1. pr. D. 43. 5. Auf Codicille u. s. w. geht der Zusatz: item si libellus aliudve quid relictum esse dicetur, decreto comprehendum.

532) L. 1. §. 4. D. ibid.

533) L. 1. §. 6. L. 3. §. 1. D. ibid. Vgl. L. 2. §. 3. D. 29. 3.

534) L. 2. D. 43. 5.

535) L. 1. §. 3. D. ibid.

muß bereits verstorben sein, also sein Tod im Zweifel bescheinigt werden. Auch dieses Erforderniß deutet schon das Edict an[536]), und zwar hängt es jedenfalls mit der allgemeinen Vorschrift zusammen, daß Testamente von Lebenden nicht eröffnet werden sollen[537]). Wenn der Verfasser der Urkunde selbst ihre Vorzeigung verlangt, cessirt das Interdict; er muß vielmehr zur Erreichung dieses Zweckes die actio ad exhibendum brauchen[538]). 3) Der Beklagte muß die Urkunde in den Händen, oder ihren Besitz dolose aufgegeben haben[539]). Juristischer Besitz kommt hier nicht in Frage, es reicht schon bloße Detention aus[540]). Wenn der Besitzer die Urkunde weiter gegeben hat, so steht die Klage gegen den Deponenten und den Depositar gleichmäßig zu[541]); befindet sie sich aber im Gewahrsam eines Sclaven, so wird das Interdict gegen dessen Herrn gerichtet[542]). Aus dem dolus haftet nur, wer ihn begangen; also kann nur der Vormund belangt werden, falls dieser eine im Gewahrsam des Pupillen befindliche Urkunde unterschlägt[543]). 4) Es darf nicht bereits ein Erbschaftsprozeß anhängig sein, dessen Entscheidung von der Urkunde abhängt, oder wohl gar mit einer publica quaestio zusammenhängt[544]). — Die Wirkung des Interdictes stimmt zu seinem Zwecke, welchen die classischen Juristen dahin angeben, daß dadurch die Unterschlagung von Testamentsurkunden verhütet[545]), und die, welche die Möglichkeit der Vorzeigung oder ihre Verbindlichkeit dazu in Abrede stellen, zur Vornahme dieses Actes gezwungen werden sollen[546]). Das Verfahren ist einfach folgendes: räumt der Beklagte den Besitz der Urkunde, ingleichen seine Verpflichtung zur Exhibition sofort ein, so wird ihm diese ohne weiteres aufgegeben, und zwar unter Verwilligung einer mäßigen Frist, wenn er sich dergleichen erbittet[547]). Leugnet er aber beides oder eins von beiden ab, so wird das Interdict gegeben, welches seiner Natur nach exhibitorisch ist. Erfolgt die Exhibition nicht in der gehörigen Weise, so wird der Beklagte auf das Interesse verurtheilt[548]). Die Abschätzung dieses Interesses geschieht in

536) Reliquisse dicetur L. 1. pr. u. §. 10. D. 43. 5.

537) L. 2. §. 4. D. 29. 3. Dieß hat schon de Retes l. c. §. 31. p. 503. ausgeführt.

538) L. 3. §. 5. D. 43. 5.

539) Si hae penes te sunt, aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse. L. 1. pr. L. 3. §. 2. 3. 6. D. 43. 5. L. 4. D. ibid.

540) L. 3. §. 2. D. 43. 5.

541) Ibidem.

542) L. 3. §. 4. D. ibid.

543) L. 3. §. 6. L. 4. D. ibid.

544) L. 5. D. 43. 5. vgl. mit L. 1. §. 3. D. ibid. Darauf geht L. 6. pr. D. ad legem Corneliam de falsis (48. 10.), wie schon de Retes l. c. §. 31. p. 503. weiter ausgeführt hat.

545) Paullus l. c. IV. 7. §. 6.

546) L. 1. §. 1. D. 43. 5. L. 2. §. 8. D. 29. 3. Auf diesen Punkt bezieht sich besonders noch L. 3. §. 6. D. 43. 5.

547) L. 1. §. 1. D. 43. 5. L. 2. §. 7 u. 8. D. 29. 3.

548) Vgl. L. 1. pr. L. 3. §. 7 u. 11. D. 43. 5.

der Regel nach dem Verhältnisse des Gewinnes, welchen der Kläger aus dem letzten Willen beansprucht; bei dem Erben kommt also der Werth seines Erbtheiles[549]), bei den Legataren die Summe des Vermächtnisses in Anschlag[550]). Dieser Ersatz gilt aber nicht eigentlich als Abfindungsquantum wegen des aus dem letzten Willen herrührenden Anspruches, sondern als eine Strafe der Contumaz[551]). Indeß würde es unbillig sein, den Beklagten nachher noch zur Erfüllung der letztwilligen Verordnung anzuhalten; daher der Nachklage des Erben oder Legatars die doli exceptio entgegensteht[552]). Wer als Kläger auftreten könne, diese Frage wird in den Justinianischen Pandekten nicht nach einer durchgreifenden Regel entschieden, auch lassen die allgemein gefaßten Worte des Edictes vermuthen, daß, wer zur Einsicht des Testamentes berechtigt ist, auch die Interdictklage brauchen kann, sofern er nur ein erweisliches Interesse an der Exhibition hat, und hier wird namentlich der Testamentserbe und der Legatar herausgehoben[553]). Nach einer anderen Stelle des Edictes kann Jeder auf die Einsicht des Testamentes antragen[554]); in dieser Rücksicht wird die Urkunde von Ulpian publicum instrumentum genannt, auch daran die Berechtigung zum Interdicte geknüpft[555]). Nimmt man dazu eine andere Aeußerung desselben Schriftstellers: daß alle im Testamente Bedachten auf Exhibition desselben zu dringen pflegen[556]), so möchte die oben ausgesprochene Ansicht über die Berechtigung zum Interdicte gerechtfertigt scheinen. Im Rechte des Codex ist an diesen Grundsätzen nichts geändert, vielmehr bestätigt eine kaiserliche Constitution das Klagerecht des Pupillarsubstituten von dem Augenblicke an, wo ihm die Erbschaft zufällt[557]). Daß die Klage activ auf die Erben übergeht, wird ausdrücklich bezeugt[558]); vom passiven Uebergange wird nichts gesagt, konnte auch füglich nichts gesagt werden, da sie gegen Jeden gegründet ist, bei welchem die Erforderniſſe des Edictes zutreffen, ohne Rücksicht darauf, ob er die Urkunde aus der ersten oder zweiten Hand erhalten hat. Daß die Klage zur Zeit der classischen Juristen in einem Jahre verjährte, würde nach einer Aeußerung des Paulus[559]) nicht füglich in Zweifel gestellt werden können, wenn nicht eine von Ulpian[560]) herrührende Pandektenstelle geradezu

---

549) L. 3. §. 12. D. 43. 5.
550) L. 3. §. 13. D. ibid.
551) L. 3. §. 14. D. ibid.
552) L. 3. §. 15. D. ibid.
553) L. 3. §. 12—15. D. ibid.
554) L. 1. pr. L. 2. pr. D. 29. 3.
555) L. 2. §. 8. D. ibid.
556) L. 3. §. 10. D. 43. 5.
557) L. un. C. de tabulis exhibendis. (8. 7.)
558) L. 3. §. 16. D. 43. 5.
559) Sent. rec. IV. 7. §. 6.: de earum exhibitione interdicto reddito intra annum agi possit.
560) L. 3. §. 16. D. 43. 5.: Interdictum hoc et post annum competere constat (also war es früherhin controvers). Die Versuche, diesen Widerspruch zu heben, sind höchst ungenügend. Cujacius (ad Paullum l. c.

das Gegentheil zu sagen schiene. Für das Justinianische Recht steht nach allgemeinen Interpretationsregeln so viel fest, daß sie einer jährigen Verjährungsfrist nicht unterworfen war. — Die Regeln, nach welchen die Exhibition geschehen soll, wenn der Beklagte die Condemnation vermeiden will, schließen sich ganz an die oben erörterte Lehre von der Eröffnung der Testamente an und erhalten daraus ihre Erklärung. Es sind aber im einzelnen folgende: 1) Die Urkunde soll vor dem Prätor vorgezeigt werden, damit dieser die Zeugen zur Eröffnung derselben gehörig vorladen könne[561]). 2) Die Exhibition soll vollständig geschehen, also mit Einschluß der Codicille und Siegel[562]). Ist das Testament in mehreren, gleichzeitigen Originalen ausgefertigt, so müssen sie alle vorgezeigt werden[563]). Liegen mehrere Testamente von verschiedenen Daten vor, so müssen sie alle vorgezeigt werden[564]). 3) Wer zu exhibiren hat, muß auch leiden, daß die Urkunde eröffnet, vorgelesen und Abschriften davon genommen werden. Dieß nun freilich wird in dem Pandektentitel, welcher unser Interdict behandelt, nicht ausdrücklich gesagt[565]), allein es versteht sich nicht blos nach dem Zusammenhange der Lehren von selbst[566]), sondern wird auch bei der Vorladung der Testamentszeugen als ausgemacht vorausgesetzt.

Interdictum de vi, auch **unde vi** heißt das Interdict[567]), womit der, welcher durch Anwendung widerrechtlicher Gewalt aus dem Besitze einer unbeweglichen Sache gesetzt worden ist, von dem Thäter Wiedereinsetzung in den Besitz und Schadenersatz für die Störung verlangt. In dem Titel der Justinianischen Pandekten, welcher dieß Interdict behandelt, wird nur die in factum actio erwähnt, die ursprüngliche Fassung des Edictes scheint auf restituas gelautet zu haben[568]).

---

in Schultingi iurisprudentia Anteiust.) p. 406. hilft durch die Emendation: non competere constat. Allein das wäre gegen den Zusammenhang des Ganzen. Der Nachdruck, welcher auf: et post annum der Wortstellung nach gelegt werden muß, zeigt auf das deutlichste, daß, wäre die Emendation gegründet, das Interdict nicht einmal innerhalb Jahresfrist zustehen könnte. Unterholzner (a. a. O. Th. 2, S. 151, Note l) meint, nach Paullus sei es nur in dem Falle auf Ein Jahr beschränkt, wenn der Beklagte die Urkunde nicht mehr in den Händen hat, und wegen gewissenloser Unterschlagung haftet. Allein der erste Theil dieser Behauptung ist aus der Luft gegriffen und widerspricht dem eigenen Zeugnisse des Schriftstellers. Vgl. Paullus, sent. rec. IV. 7. §. 4.

561) L. 3. §. 9. D. 43. 5.

562) L. 1. pr. D. 43. 5. L. 2. §. 2. D. 29. 3. L. 3. C. 6. 32.

563) L. 1. §. 6. D. 43. 5. L. 2. §. 3. D. 29. 3.

564) L. 1. §. 4 u. 6. D. 43. 5.

565) Man vgl. hier z. B. L. 3. §. 8. D. 43. 5.

566) Besonders spricht dafür der Zusammenhang von L. 2. §. 4—8. D. 29. 3.

567) Man vgl. hier statt aller anderen v. Savigny, das Recht des Besitzes §. 40, S. 505—547 (6. Ausg.), und Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 112—118.

568) Cic. pro Caecina cap. 31.: Cum igitur praetor interdixerit: unde deiectus es, ut eo restituaris. Daselbst (cap. 30) werden auch die Worte

Auch waren, wenigstens zur Zeit der freien Republik, wahrscheinlich zwei verschiedene Interdictformeln im Edicte aufgestellt worden[569]), von welchen die eine den Fall der Besitzentsetzung durch bewaffnete Hand betraf (vi armatis hominibus) und das vor der anderen voraus hatte, daß hier gar keine Exception zugelassen ward[570]); diese Dichotomie ist indeß in den Justinianischen Pandekten verwischt worden. Die Erfordernisse des Interdictes sind nach Justinianischem Rechte, 1) daß der Kläger juristischen Besitz zur Zeit der Dejection gehabt habe[571]). Man hat dieß zwar deßhalb bezweifelt, weil Cicero in der Rede für den Cäcina[572]), um seinem Clienten den Sieg zu verschaffen, behauptet, das interdictum de vi armata sei nicht durch Besitz bedingt; daß dieß aber gegen die gewöhnliche Ansicht war, geht schon daraus hervor, daß der Redner nichtsdestoweniger darzuthun sucht, sein Client habe im Momente der Dejection wahren Besitz gehabt (possedisse). Noch Andere haben gemeint, der Besitz in diesem Interdicte sei ein anderer und leichterer, als in dem interdictum uti possidetis, allein das widerspricht den Zeugnissen der classischen Juristen. 2) Daß die Besitzstörung durch Anwendung von Gewalt herbeigeführt werde. Pomponius verlangt dazu eine corporalis vis[573]), Ulpian[574]) eine atrox vis, und diese Ausdrücke sollen nicht sowohl eine besonders grobe Gewaltthätigkeit, als vielmehr eine solche bezeichnen, welche die Fortsetzung des Besitzes unmöglich macht[575]). Im früheren Rechte unterschied man wegen der doppelten Interdictformeln des prätorischen Edictes eine vis armata, d. h. die mit bewaffneter Hand ausgeführt wird, und quotidiana, wozu jede andere gewaltthätige Besitzstörung gehört[576]); im Justinianischen Rechte ist dieser Unterschied bedeutungslos geworden, seitdem die in factum actio die Stelle des Interdictes ersetzt hat. 3) Daß diese Gewaltthätigkeit vom Beklagten verübt sei. Neben dem physischen haftet auch der intellectuelle Urheber der Gewalt, d. h. wer den Auftrag dazu an den Handelnden gegeben hat[577]), und dieß wird aus der weiteren Interpretation des Wortes deiecisti hergeleitet[578]). In der frühesten Zeit, als diese Auslegung noch nicht so allgemein feststand, ward die Fassung des prätorischen Edictes öfters zu Chicanen benutzt, welche die

---

aus dem Interdicte angeführt: eo restituas. Spuren dieser Fassung finden sich in den Pandekten L. 1. §. 19 u. 42. D. 43. 16. Vgl. Schilling, Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Rechtes Bd. II, S. 483.

569) Cic. pro Caecina cap. 31.: Ad duas dissimiles res duo disiuncta interdicta sunt.

570) Cic. pro Caecina cap. 8 u. 22.

571) L. 1. §. 23. D. 43. 16. Vgl. L. 1. §. 9 u. 10. D. ibid.

572) Cap. 31 u. 32.

573) L. 1. §. 29. D. 43. 16.

574) L. 1. §. 3. D. ibid.

575) Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 516 flg.

576) Cic. pro Caecina cap. 31 u. 32. Vis armata steht noch L. 1. §. 43. D. 43. 16.

577) L. 1. §. 12—15. L. 3. §. 10—12. D. 43. 16.

578) L. 1. §. 12. D. ibid.

Prätoren veranlaßt haben, eine andere, bestimmtere Formel im Edicte aufzustellen[579]), die sich indeß in den Justinianischen Pandekten nicht erhalten hat. Auf die Erben geht das Interdict nur insoweit passiv über, als sie vermöge jener Handlung etwas bekommen haben[580]) oder bekommen haben würden, wenn sie nicht im dolus gewesen wären[581]); Singularsuccessoren unterliegen der Klage niemals, weil sie außer dem Obligationsnexus stehen. Im Edicte war der Fall ausgezeichnet, wenn die Gewaltthätigkeit durch Sclaven zugefügt war; der Sclavenherr haftete deßhalb dem Vertriebenen mit der Noxalklage und mußte außerdem noch Alles herausgeben, was er durch die widerrechtliche Handlung der Sclaven hinterher gewonnen hatte[582]). Ueberhaupt wurde die Haftung bis zum Betrage der Bereicherung bei dem Vater aus der Handlung seines Haussohnes, bei dem Miethherrn aus der seines Dienstboten, bei den Municipes aus der ihrer Actoren, wenn diese in ihrem Namen die Gewaltthätigkeit verübt haben, schon zu den Zeiten der classischen Juristen nicht mehr bezweifelt[583]). 4) Daß die gewaltsame Handlung den Verlust des Besitzes unmittelbar herbeigeführt hat. Die älteren Edicte drückten dieß mit deiicere[584]) aus, und dieser Ausdruck hat, ungeachtet er mit detrudi[585]) eine Zeitlang vertauscht worden war, im Edictum perpetuum wieder Platz gefunden, und die classischen Juristen haben demnach den Begriff der deiectio genauer bestimmt. Für diesen Begriff ist es gleichgiltig, ob die Gewalt wirklich ausgeübt, oder aus einer auf eine unmittelbar gegenwärtige Gefahr gegründeten Furcht vermieden wird. Wer durch Gewalt den Besitz verliert und gleich darauf denselben mit Gewalt occupirt, hat ihn nie verloren und wird so behandelt, wie wenn er nie dejicirt worden wäre[586]). 5) Daß die Sache, deren Besitz durch die Gewaltthätigkeit verloren wird, eine unbewegliche ist[587]). Man hat dieß Erforderniß aus der ganzen Wortfassung des Edictes gefolgert, wenn schon darin eine unbewegliche Sache nicht ausdrücklich genannt war. Wegen beweglicher Sachen reichten nach Umständen die actio ad exhibendum, die actio furti und vi bonorum raptorum aus[588]), und es war demnach nicht nöthig, deßhalb zu interdiciren. Bei der condemnatio wurden indeß auch solche bewegliche Sachen berücksichtigt, welche bei Gelegenheit der Dejection zerstört oder verdorben worden waren[589]). Manche neuere

579) Am Anfang hieß es unde tu deiecisti, später unde dolo malo tuo — vi detrusus est. Cic. pro Tullio cap. 29. 30. 44. 46. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 517.

580) L. 1. §. 48. L. 3. pr. L. 9. pr. D. ibid.

581) L. 2. D. ibid.

582) L. 1. §. 15. D. ibid. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 518.

583) L. 1. §. 20. L. 4. D. ibid.

584) Cic. pro Tullio cap. 44.

585) Cic. pro Tullio cap. 29. pro Caecina cap. 17., doch war schon zu Cicero's Zeiten das deiicere wieder an der Reihe. Cic. pro Caecina cap. 31.

586) L. 17. D. 43. 16.

587) L. 1. §. 3—8. D. ibid.

588) L. 1. §. 6. D. ibid.

589) Paullus, sent. recept. V. 6. §. 8.

Rechtsgelehrten[590]) haben behauptet, das Interdict sei im jüngsten Rechte auch auf bewegliche Sachen ausgedehnt worden, weil die Vorschriften über die Strafen der unerlaubten Selbsthilfe von den späteren Kaisern als Modificationen des Interdictes in den Justinianischen Rechtsbüchern eingestellt würden, und diese Strafen ebensogut unbewegliche als bewegliche Sachen beträfen; dagegen ist freilich aber von Anderen geltend gemacht worden, daß in den Justinianischen Pandekten[591]) die Beziehung auf Grundstücke als eine Eigenthümlichkeit des Interdictes hervorgehoben wird[592]), und daß die Einstellung der Strafen der Selbsthilfe unter dem Titel unde vi im Justinianischen Codex (VIII. 4.) schwerlich die oben angeführte Meinung rechtfertigen werde, da sie schon im älteren Codex vorhanden gewesen und es nicht glaubhaft sei, daß einige Jahre nachher in den Pandekten die gegentheilige Ansicht eingeschärft sein würde, wenn jene Deutung bereits vorhanden gewesen wäre. — Die Wirkung des Interdictes läßt sich nach dem allgemeinen Grundsatze bestimmen, daß restituirt werden müsse, der deiectus also in die Lage versetzt werde, in welcher er vor der Dejection war. Demnach muß also der Besitz restituirt, oder, wenn dieß nicht möglich ist, der Werth desselben ersetzt werden[593]), und dieß letztere wird hergeleitet aus der Verbindlichkeit des Beklagten, dem Kläger das Interesse zu vergüten[594]). Zugleich ist auch aller Schaden zu ersetzen, welcher durch die Dejection verursacht worden ist, was mit der Prästation des Interesses zusammenfällt[595]); und zwar erstreckt sich diese Verpflichtung auch auf alle beweglichen Sachen, welche der deiectus zur Zeit der Dejection auf dem Grundstücke gehabt hat[596]), auf die Früchte der Sache, welche zu diesem Zwecke von dem Zeitpunkte der Dejection abwärts berechnet werden[597]), ja selbst auf percipiendi[598]). Wenn darüber kein Beweis erbracht werden kann, was für Sachen durch die Dejection im einzelnen verloren gegangen sind, so wird der Verlust und der Werth der verlorenen Sachen durch den Eid des Klägers festgestellt, dem der Richter ein Maximum beizufügen hat, welches der Schwörende nicht überschreiten darf. Diesen Eid nennt man vom Kaiser Zeno, der ihn für diesen Fall eingeführt hat[599]), iusiurandum Zenonianum, und hält ihn bald für eine bloße Anwendung des iusiurandum in litem, bald für einen selbstständigen Eid. Die eidlich erhärtete Summe ist dann zwei-

---

590) An ihrer Spitze v. Savigny a. a. O. S. 527 flg.

591) Vgl. Thibaut, Beiträge zur Lehre von den Interdicten, im Archive für civilistische Praxis Bd. 1, S. 105—111.

592) Auch in den Justin. Institutionen wird dieß angedeutet. §. 6. J. 4. 15. vbis: per quod is, qui deiecit, cogitur ei restituere possessionem.

593) L. 1. §. 42. D. 43. 16. L. 15. D. ibid.

594) L. 15. D. ibid.

595) L. 1. §. 41. L. 6. L. 15. D. ibid.

596) L. 1. pr. §. 32—34. 37. 38. D. ibidem.

597) L. 1. §. 40. D. ibid.

598) L. 4. C. 8. 4.

599) L. 9. C. 8. 4.

felsohne vom Richter der Condemnation zu Grunde zu legen. — Von den Exceptionen, welche gewöhnlich bei Interdicten vorkommen, ist die der vitiosa possessio im Justinianischen Rechte ganz ausgeschlossen[600]), obgleich sie im älteren Rechte bei der vis quotidiana vorkam[601]); wohl aber findet die Einrede der Verjährung statt, welche durch den Ablauf eines utilis annus begründet wird[602]), dem Beklagten aber nicht zusteht, insoweit er durch die Dejection etwas bekommen hat[603]), oder wenn während der Abwesenheit des Besitzers dessen Leute aus dem Besitze verdrängt werden[604]). Der Anfang der Verjährungsfrist wird von der Dejection an berechnet, und darauf deutet die alte Interdictformel unde tu — illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno deiecisti. — Im vorjustinianischen Rechte war eine besondere Interdictformel für den Usufructuar aufgestellt, welcher aus der quasipossessio des Ususfructus vertrieben worden ist[605]), doch wird diese Formel nur als utile interdictum unde vi behandelt[606]). Im Justinianischen Rechte ist diese Formel verschwunden, und die Interdictenklage ohne weiteres dem Nutznießer gegeben worden, wenn er sich zur Zeit der Dejection im Quasibesitze befand[607]). Auch dem Usuar hat man sie gestattet[608]). Ueberall wird aber stillschweigend vorausgesetzt, daß diese Rechte an unbeweglichen Sachen zustehen, da bewegliche nur insofern dem Interdicte unterliegen, als sie als Nebensachen von Grundstücken in Frage kommen[609]).

Interdictum de via publica et itinere publico reficiendo[610]) heißt das prohibitorische Interdict, welches zur Abwendung von Störungen zusteht, welchen Jemand bei der Ausbesserung und Wiederherstellung eines öffentlichen Weges unterworfen ist. Vorausgesetzt wird 1) ein öffentlicher Weg; einerlei, ob es eine Fahrstraße oder ein Fußpfad

600) §. 6. J. 4. 15.

601) Cic. pro Tullio cap. 44. pro Caecina cap. 32. Paullus, sent. recept. V. 6. §. 7. Darauf deuten noch manche Pandektenstellen. L. 1. §. 30. L. 14. 17. D. 43. 16. Vgl. überhaupt v. Savigny a. a. O. S. 544.

602) L. 1. pr. u. §. 39. D. 43. 16. Zur Zeit der freien Republik hieß es im Edicte: in hoc anno deiecisti; das bezog sich also auf das laufende Magistratsjahr. Vgl. Cic. pro Tullio cap. 44. Bei dem Interdicte de vi armata kam sie früher nicht vor. Vgl. Cic. ad fam. 15. 16.

603) L. 1. pr. D. 43. 16. L. 7. §. 5. D. communi dividundo. (10. 3.)

604) L. 1. Th. C. unde vi. (4. 22.) L. 1. Just. C. si per vim. (8. 5.)

605) Fragm. Vat. §. 91. Vgl. Rudorff, in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. 11, S. 232.

606) Fragm. Vat. §. 90.

607) L. 3. §. 13—18. D. 43. 16.

608) L. 3. §. 16. D. ibid.

609) L. 3. §. 15. D. ibid.

610) Vgl. Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 208 flg.

ist[611]). 2) Dieser Weg muß von Jemand ausgebessert werden. Im Edicte wird viam aperire und reficere neben einander genannt, allein schon **Ulpian** bezeugt, daß das erste im letzten schon enthalten ist[612]). Im allgemeinen wird die Ausbesserung auf die Wiederherstellung des alten Zustandes gedeutet; viam aperire geht zunächst auf Wiederherstellung der alten Höhe und Breite, reficere auch auf die Wegnahme des Ueberflüssigen, selbst auf das Hinwegräumen von überfallenden Bäumen und Baumaterialien[613]). 3) Die vorgenommene Arbeit darf nicht den Weg verschlechtern[614]); als Verschlechterung gelten aber alle Veränderungen, welche dem früheren Zustande widersprechen, z. B. wenn der Weg vom Interdicenten höher oder niedriger gelegt, verlängert oder breiter gemacht, oder ein Erdweg mit Sand oder Kies bestreut oder einer, welcher mit solchen Materialien bestreut ist, zum Erdwege gemacht werden soll[615]). 4) Der Arbeiter muß in der Arbeit gewaltsamer Weise gestört worden sein[616]). Dem Zwecke des Rechtsmittels entspricht seine Fassung. Es ist prohibitorisch zur Abwendung künftiger Störungen; ist der Kläger in Schaden gekommen, so erfolgt die Condemnation auf sein Interesse[617]). Beklagt wird, wie in allen prohibitorischen Interdicten, nur der Störer. Die Dauer des Rechtsmittels ist nicht auf ein Jahr beschränkt. Wahrscheinlich bezog sich das Interdict hauptsächlich auf solche Bauten, welche von den Umwohnern des Weges verfassungsmäßig übernommen[618]), oder von einzelnen Privaten wiederhergestellt werden müssen[619]). — Falls Jemand eigenmächtig den öffentlichen Weg auf ein angrenzendes, ihm nicht gehöriges Grundstück verlegt, wird dem Eigenthümer eine besondere Klage auf das Interesse gestattet, welche in den Justinianischen Pandekten nur einmal erwähnt wird unter dem Namen viae receptae actio[620]), wo Andere lesen reiectae, was auch **Schulting**[621]) gebilligt hat.

Interdictum fraudatorium[622]) heißt das restitutorische Interdict, welches den Zweck hat, die Gläubiger oder deren Vertreter factisch

---

611) Schon das Edict nennt via publica und iter publicum neben einander. L. 1. pr. D. 43. 11.

612) L. 1. §. 1. D. ibid.

613) L. 1. §. 40. D. 43. 8.

614) L. 1. pr. §. 2. D. 43. 11.

615) L. 1. §. 2. D. ibid.

616) Vim fieri veto L. 1. pr. Vgl. L. 1. §. 2. D. ibid.: Impune vim patietur.

617) L. 1. §. 3. D. ibid.

618) L. 3. pr. D. 43. 7. L. 2. §. 22. D. 43. 8. L. un. §. 3. D. 43. 10.

619) L. 3. §. 1. D. 43. 11.

620) L. 3. pr. D. ibid.

621) Jurisprudentia Anteiustinianea p. 252. ed. vet.

622) Diese Wortstellung, aber auch die umgekehrte, ist den römischen Juristen bekannt. L. 67. pr. §. 1. D. ad SC. Trebellianum. (36. 1.) L. 96. pr. D. de solutionibus. (46. 3.) L. 1. Th. C. de in integrum restitutione. (2. 16.)

in den Besitz der Sachen zu setzen, welche der Gemeinschuldner in der Absicht, seine Gläubiger zu verkürzen, aus seiner Vermögensmasse veräußert hat. Die Bedingungen, unter welchen es zusteht, hängen auf das genaueste mit der Lehre von der in factum actio zusammen, welche zu ähnlichem Zwecke aus dem Edicte zusteht; auf die Klage beruft sich der Prätor geradezu in der Interdictformel [623]); daher denn auch die Pandektencompilatoren beide Rechtsmittel unter Einem Titel zusammengestellt haben, wenn gleich die Edictordnung ganz anders gewesen ist [624]). Die Voraussetzungen dieses Interdictes lassen sich auf folgende Punkte zurückführen: 1) Der Schuldner muß die Absicht haben, seine Gläubiger durch seine Handlung zu verkürzen [625]). 2) Diese Absicht muß auch durch die vorgenommene Thathandlung erreicht werden [626]). 3) Die Gläubiger, welche er hat betrügen wollen, müssen ein Concursverfahren eingeleitet und in dessen Folge die Gütermasse des Schuldners verkauft haben [627]). Ihnen werden indeß auch die factisch gleichgestellt, mit deren Gelde die Gläubiger, welche der Gemeinschuldner hat betrügen wollen, abgefunden sind. 4) Der Beklagte muß von der betrügerischen Absicht des Gemeinschuldners unterrichtet sein [628]) und dessenungeachtet das Geschäft nicht unterlassen haben. Weiß Jemand nur im allgemeinen, daß sein Contrahent Gläubiger habe, so bleibt das Interdict ausgeschlossen [629]). 5) Der Beklagte muß aus der Gütermasse des Fraudators etwas in Händen haben [630]). 6) Dieser Gegenstand muß körperlich sein. Zwar steht dieß nicht ausdrücklich in dem Edicte, allein es ergibt sich schon aus der Natur des Interdictes, als eines restitutorischen Rechtsmittels und der Analogie des interdictum quorum bonorum [631]). 7) Der Beklagte muß in den Besitz dieses Gegenstandes durch die Thathandlung des Fraudators gekommen sein [632]). Der allgemeine Ausdruck des Edictes (fecit) läßt vermuthen, daß hier auch solche Handlungen in Frage kommen, welche nur mittelbar Einfluß auf den Besitzerwerb des Beklagten äußern; daher nicht blos Veräußerungen hier berücksichtigt

---

623) In der Interdictformel kommen die Worte vor: si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet. L. 10. pr. D. quae in fraudem creditorum. (42. 8.)

624) Ulpian behandelt die Paulliana bei Gelegenheit der missio servandae rei im 66. Buche seines Edictcommentars (L. 1 u. 6. D. 42. 8.); das Interdict trägt er aber im Zusammenhange mit dem Interdictensysteme im 73. Buche vor (L. 10. D. ibidem).

625) Fraudandi causa (Interdictformel) L. 10. pr. §. 1. D. ibid.

626) Si eventum fraus habuit L. 10. §. 1. D. ibid.

627) L. 10. §. 1. 9. D. ibid.

628) Te sciente (Interdictformel). Vgl. L. 10. §. 2—5. D. ibid. L. 96. pr. D. 46. 3. L. 1. Th. C. 2. 16.

629) L. 10. §. 2 u. 4. D. ibid.

630) In bonis — fecit (Interdictformel); darauf geht auch L. 25. §. 4. D. ibid.

631) Vgl. Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Th. 2, S. 145.

632) Dieß ergibt schon die Fassung des Interdictes: quae — in bonis — fecit, ea illis — restituas.

werden[633]), sondern auch Delegationen, welche Veranlassung zur Zahlung gegeben haben[634]). 8) Die Gläubiger dürfen nicht das Verfahren des Schuldners genehmigt haben, gleichviel ob dieß ausdrücklich oder stillschweigend geschieht[635]). — Treffen alle diese Umstände zusammen, so ist das Interdict begründet, welches seiner Fassung nach restitutorisch ist[636]), also die Herausgabe der Sache sammt der omnis causa bezweckt[637]), des partus, der fructus percepti und percipiendi, doch kommt bei den percepti der nothwendige Kostenaufwand in Abzug, und er soll durch das arbitrium iudicis vermittelt werden[638]). Diese Regeln involviren den Rechtssatz, daß die Restitution vollständig geschehen solle, und zwar kommt hier der Sachzustand vor der Thathandlung des Fraudators in Betracht[639]). Erfolgt die Restitution nicht in der angegebenen Weise, so wird der Beklagte auf das Interesse des Klägers condemnirt. Wahrscheinlich ging das Interdict auf Herausgabe des Besitzes; möglich, daß es zu den interdicta adipiscendae possessionis gehört hat[640]). Von Exceptionen, welche dabei vorkommen, wird nur die der Verjährung erwähnt; es war nämlich schon im prätorischen Edicte auf den Zeitraum eines Jahres beschränkt, welches nach den Grundsätzen des annus utilis beurtheilt werden soll[641]). — Neben dem Interdicte kommt auch eine in factum actio vor, welche gegen den zustehen soll, der von der betrüglichen Absicht des Gemeinschuldners nicht unterrichtet war, aber nur causa cognita gestattet wird[642]). Der Fall, in welchem sie vorkommt, ist wahrscheinlich der Erwerb aus einem lucrativen Titel, z. B. aus einer Schenkung oder einem Legate, wo nach sicheren Zeugnissen die Mitwissenschaft des Beklagten nicht weiter berücksichtigt ward[643]), ferner wenn der Fiscus als Kläger auftritt, welcher die Befugniß hat, jede Alienation auch ohne Rücksicht auf die Mitwissenschaft des Beklagten zu rescindiren[644]). Die Klage wird nach denselben Grundsätzen behandelt, wie das Interdict. Früchte und Accessionen kommen bei der Restitution nicht in Betracht, wenn sie erst nach der Veräußerung, aber vor der Klagenstellung zur Existenz kamen[645]); jedenfalls ist

---

633) L. 1. Th. C. 2. 16. Vgl. L. 10. §. 3. D. 42. 8.

634) L. 96. pr. D. 46. 3. Bei der damit zusammenhängenden in factum actio kommt auch die Liberation einer Obligation in Frage. L. 10. §. 12 u. 22. D. 42. 8.

635) L. 6. §. 9. L. 10. §. 10. D. 42. 8.

636) Restituas (in der Interdictformel).

637) L. 10. §. 19—21. D. ibid.

638) L. 10. §. 20. D. ibid.

639) L. 10. §. 22. D. ibid.

640) So Unterholzner a. a. O. Th. 2, S. 145, Note a.

641) Etsi non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas (aus der Interdictformel).

642) Darauf gehen die Worte: interdum causa cognita etsi scientia non sit, in factum actionem permittam. L. 10. pr. D. 42. 8.

643) L. 6. §. 10. 11. 13. L. 25. pr. §. 1. D. 42. 8. L. 5. C. de revocandis his quae in fraudem. (7. 75.)

644) L. 45. pr. D. de iure fisci. (49. 14.)

645) L. 25. §. 4—6. D. 42. 8.

aber das Gebiet der Klage weiter, da sie auch die Restitution von erloschenen Obligationen, ingleichen die Wiederaufhebung der neu constituirten Obligationen bezweckt[646]). Nach Umständen kann sogar der Fraudator damit belangt werden[647]). Sie wird selbst nach Ablauf der Jahresfrist gestattet, insoweit der Beklagte eine Vermögensvermehrung erhalten oder dolose ausgeschlagen hat[648]). Auch geht sie activ und passiv auf die Erben über; passiv freilich nur insoweit, als sie auch von den Erben angestellt werden kann und die Erben des ersten Erwerbers eine Vermögensvermehrung erfahren haben[649]).

Interdictum ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat atque uti priore aestate fluxit[650]). Unter diesem Titel werden in den Justinianischen Pandekten zwei Interdicte mitgetheilt, ein prohibitorisches und ein restitutorisches, welche den Schutz der Ufernachbarn bezwecken, wenn ihre Grundstücke durch Anlagen in einem öffentlichen Flusse oder an demselben gefährdet werden. I. Das prohibitorische Interdict zur Abwehrung dessen, welcher solche Anlagen zu machen gedenkt. Die Bedingungen des Interdictes sind: 1) es muß ein öffentlicher Fluß sein[651]); einerlei ob er schiffbar ist oder nicht[652]). 2) In demselben oder an seinen Ufern muß eine Anlage versucht werden. Das Edict spricht von in flumine publico inve ripa eius facere, aut in flumen ripamve eius immittere, und darunter ist jede Art von Bau, selbst die Anlage einer Wasserleitung begriffen[653]). 3) Durch dieselbe muß der Lauf des Flusses verändert werden[654]), und zwar soll die Veränderung nach dem Wasserstande des vorigen Sommers beurtheilt werden[655]). Dieser Zeitpunkt ist vom Prätor deßhalb gewählt worden, weil auf der einen Seite der natürliche Lauf des Flusses im Sommer viel deutlicher hervortritt, als im Winter; andererseits der Wasserstand des vorigen Jahres weniger Zweifeln unterliegt, als der heurige[656]). Der Sommer wird bis zur Herbsttagundnachtgleiche berechnet. Wird also in den Sommermonaten interdicirt, so kommt der Wasserlauf des vorjährigen Sommers in Betracht; geschieht dieß im Winter, so sieht man nicht auf den Wasserlauf des letzten Sommers,

---

646) L. 10. §. 14 u. 22. D. 42. 8.

647) L. 10. §. 24. D. ibid. Darauf bezieht sich auch L. 25. §. 7. D. ibid., wie die Worte quia in bonis fraudatoris fuerunt in L. 25. §. 4. D. ibid. erweisen.

648) L. 10. §. 24. D. ibid.

649) L. 10. §. 25. L. 11. D. ibid.

650) Literatur: de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pte. V. §. 9—11. im thesaurus iuris ed. Meermann tom. VII. p. 529.; Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 103 flg.

651) L. 1. pr. §. 2. D. 43. 13.

652) L. 1. §. 2. D. ibid.

653) L. 1. §. 1. 4 u. 5. D. ibid.

654) L. 1. pr. §. 3. 8. D. ibid.

655) L. 1. pr. §. 8. D. ibid.

656) L. 1. §. 8. D. ibid.

sondern vielmehr auf den des vorletzten. Der Begriff der Veränderung, welche hier in Frage kommt, ist nicht allein auf die Richtung des Flusses, sondern auch auf die der Strömung in demselben bezogen worden; also gehört dahin auch jede Vertiefung und Verengerung des Flußbettes, jede Verminderung der Wassermasse durch unerlaubte Abzüge[657]), selbst das Offenlegen bedeckter Canäle und die Bedeckung solcher, welche früherhin offen lagen, kommt in Betracht[658]). 3) Die Anlage darf sich nicht für die Befestigung und die Ausbesserung des Ufers als nothwendig herausstellen[659]); sonst steht dem Interdicte die Einrede entgegen: quod eius ripae muniendae causa non fiet. Die Zulässigkeit der Einrede im concreten Falle hat der Prätor zu beurtheilen, doch soll dabei im allgemeinen der Grundsatz festgehalten werden, daß die Ausbesserung der Flußufer als unerlaubt gilt, sofern sie den Grenznachbarn zum Schaden gereicht. Der Zweck des Interdictes ist, von den Anwohnern den Schaden abzuwehren, der für sie durch die Verlegung des Flußbettes zu erwarten steht[660]), auch unerlaubte Wasserableitungen zu verhüten, welche in der Folge das Austrocknen des Flußbettes herbeiführen können[661]). Diesem Zwecke entspricht die prohibitorische Fassung[662]) des Interdictes, welches den Fortbau der Anlage unmöglich macht, weil Alles, was nach der Ausbringung des Interdictes hinzugebaut worden, sofort niedergerissen werden muß[663]), Jedem aus dem Volke zusteht, aber nicht gegen Alle, sondern nur gegen den, welcher das Werk anlegt und seine Erben gebraucht werden kann[664]). Von einer Beschränkung auf ein Jahr kann hier schon der Natur der Sache nach nicht die Rede sein. II. ein restitutorisches Interdict, um die Wegräumung des Hindernisses zu erzwingen und die Wiederherstellung des vorigen Zustandes herbeizuführen[665]). Die Voraussetzungen dieses Rechtsmittels sind dieselben, wie bei dem vorigen, mit dem es in Rücksicht der Fassung genau übereinstimmt, nur, daß nicht der Versuch der Anlage, sondern vielmehr ihre Vollendung vorausgesetzt wird[666]). Die Klage geht nicht sowohl gegen den, welcher das Werk angelegt hat, als vielmehr gegen den, welcher es im Besitze hat[667]), und diesem wird nach der Meinung Labeo's gleichgeachtet, wer dolose dessen Besitz aufgegeben hat[668]). Von der Beschränkung des Rechtsmittels auf ein Jahr kann schon seiner Fassung nach nicht die Rede sein.

657) L. 1. §. 1. 3—5. D. ibid.
658) L. 1. §. 4. D. ibid.
659) L. 3. §. 6. D. ibid. Vgl. L. 1. §. 16. D. 43. 12.
660) L. 1. §. 1. 6 u. 7. D. 43. 13.
661) L. 1. §. 1. D. ibid. Vgl. L. 2. D. 43. 11. L. 3. §. 1 u. 2. D. 43. 20. L. 10. §. 2. D. 39. 3. S. Funke, im Archive für civilistische Praxis Bd. 12, S. 280.
662) L. 1. pr. §. 12. D. 43. 13.
663) L. 1. §. 12. D. ibid.
664) L. 1. §. 9 u. 10. D. 43. 13.
665) L. 1. §. 12 u. 13. D. ibid.
666) L. 1. §. 12. D. ibid.
667) Immissum habes. L. 1. §. 11. D. 43. 13.
668) L. 1. §. 13. D. ibid.

Interdicta, ne quid in loco publico vel itinere fiat. Unter dieser Rubrik stellen die Justinianischen Pandekten vier verschiedene Interdicte ein, welche offenbar zusammen gehören und auch in einem größeren Fragmente aus Ulpian's Edictcommentar neben einander behandelt werden[669]). Sie haben sämmtlich den Zweck, den Gebrauch öffentlicher Orte, besonders öffentlicher Wege frei und unbehindert zu erhalten. Diese Interdicte sind im einzelnen folgende: I. ein prohibitorisches Interdict gegen den, welcher auf öffentlichem Grund und Boden Bauten anlegt oder sonst Veränderungen vornimmt, welche einen Vermögensnachtheil für Jemand zur Folge haben können[670]). Die Erforderniſſe desselben sind im einzelnen folgende: 1) der Grund und Boden muß dem Staate angehören. Das Edict nennt geradezu den locus publicus[671]), und dieser Begriff schließt nach Labeo die öffentlichen Wege und Fahrstraßen ein und erstreckt sich auch auf unbebaute Plätze, auf Gebäude, welche auf öffentlichem Grund und Boden stehen, sogar auf Landgrundstücke, welche dem Staate angehören[672]), wofern sie nur für den Gebrauch des Publicums bestimmt sind[673]). Ausgeschlossen sind nach dem Zeugnisse Ulpian's die dem Fiscus angehörigen Grundstücke[674]), ingleichen nach der richtigeren Ansicht das Separatvermögen des Landesfürsten[675]). 2) Es muß entweder auf dem öffentlichen Grundstücke ein Bau angelegt, oder wenigstens in Folge eines anderen etwas dahin eingelegt werden[676]), wobei es gleichgiltig ist, ob das Werk ein Neubau ist oder nur die Ausbesserung eines bereits auf öffentlichem Grund und Boden stehenden Werkes bezweckt[677]). Aus diesem Grunde fällt das Interdict weg, wenn Jemand nur gehindert wird, im Meere zu fischen oder zu schiffen, oder von öffentlichen Spielplätzen oder Bädern Gebrauch zu machen, im Theater zuzuschauen[678]) u. s. w. Auf Bauten, welche in das Meer hineinragen und an dessen Ufern aufgeführt werden, ist das Interdict nur insofern ausgedehnt worden, als daraus für den Interdicenten ein Vermögensnachtheil entsteht[679]), und bei Wetterdächern und Erkern, welche in die Luftsäule des locus publicus hineinragen, entscheidet die gleiche Rücksicht[680]). 3) Durch diesen Bau muß entweder der öffentliche Gebrauch des locus publicus beeinträchtigt, oder aber einem

---

669) L. 1. D. 43. 8.

670) Literatur: de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pars V. nr. 5. §. 14—28. im thesaurus iuris ed. Meermann tom. VII. p. 531—534.; Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 187 flg.

671) L. 2. pr. D. 43. 8.

672) L. 2. §. 3. D. ibid.

673) L. 2. §. 5. D. ibid.

674) L. 2. §. 4. D. ibid.

675) Vgl. de Retes l. c. §. 15. p. 531.

676) L. 2. pr. §. 5. D. ibid. Vgl. de Retes l. c. §. 21. p. 533.

677) L. 2. §. 7. D. ibid.

678) L. 2. §. 9. D. ibid.

679) L. 2. §. 8. D. ibid.

680) L. 2. §. 5. D. ibid.

Privatmanne ein Vermögensnachtheil zugefügt werden[681]). Im Edicte[682]) wird nur die letztere Beziehung hervorgehoben, ja sie hat offenbar die Ausdehnungen des Interdictes motivirt[683]). Daß man die erstere Rücksicht für minder entscheidend erachtet hat, findet seine Erklärung in dem Umstande, daß schon die Magistrate, welchen die Sorge für die öffentlichen Gebäude oblag, auch wenn Niemand prohibirte, vermöge ihrer Magistratsgewalt einen solchen Bau hindern, und, falls er bereits vollendet war, niederreißen lassen konnten[684]). Das Hinderungsrecht am Fortbaue, welches dem Interdicte zu Grunde liegt, steht Jedem aus dem Volke zu[685]); ganz besonders wird aber im classischen Rechte der herausgehoben, welchem durch die Errichtung des Werkes ein Schade zugefügt wird[686]), ja diesem sogar die Bestellung eines Procurators zur Führung des Prozesses erlaubt[687]), wiewohl dieß in den Popularklagen sonst nicht gewöhnlich war. Diesen Vermögensschaden beurtheilte man nach dem Princip, daß Jeder, welcher durch den Neubau einen Vortheil verliert, der ihm vorher durch den öffentlichen Platz vermittelt ward, zu dem Interdicte berechtigt sei[688]), z. B. wenn der Zugang zum Hause enger, oder eines seiner Fenster verdunkelt wird[689]). Dagegen kommt es nicht in Betracht, wenn durch den Neubau der Abfluß dessen aufhört, was aus meinem Grundstücke in das des Anderen herüberkam, ohne daß er berechtigt war, dieß von mir zu verlangen[690]). Diesem Verhinderungsrechte nun entspricht völlig die prohibitorische Fassung des Interdictes[691]), welches die Verhinderung des Fortbaues, nicht aber das Niederreißen des Gebauten zur Folge hat[692]), und zwar das letzte nicht, da es nicht restitutorisch ist. Nur, was nach der Interdiction fernerweit gebaut worden, muß vom Beklagten jedenfalls niedergerissen werden[693]); allein das ist nicht sowohl Folge des Interdictes, als vielmehr der officio iudicis vom Interdicenten zu leistenden Caution, daß weder er, noch seine Erben oder sonstige Universalsuccessoren den Bau fortsetzen werden[694]). Von Exceptionsgründen werden bei diesem Interdicte in den Justinianischen Pandekten folgende berührt: 1) daß der Bauende von der

681) L. 2. §. 2. D. ibid.

682) L. 2. pr. D. ibid.: Qua ex re quid illi damni detur. Vgl. L. 6. D. ibid. Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 187, Note c.

683) L. 2. §. 6 u. 8. D. ibid.

684) L. 2. §. 17. D. ibid.

685) L. 2. §. 2. D. ibid. L. 42. pr. D. de procuratoribus. (3. 3.)

686) L. 2. pr. §. 2. 5—8. L. 6. D. 43. 8. L. 42. pr. D. 3. 3.

687) L. 6. D. 43. 8. L. 42. pr. D. 3. 3. L. 5. D. de popularibus actionibus. (47. 23.)

688) L. 2. §. 5—8. 11—14. D. 43. 8.

689) L. 2. §. 6. 12—14. D. ibid.

690) L. 2. §. 13. D. ibid.

691) L. 2. pr. §. 1 u. 17. D. ibid.

692) L. 2. §. 17. L. 7. D. ibid.

693) L. 7. D. ibid. Ganz mißverstanden wird die Stelle von de Retes l. c. §. 31. tom. VII. p. 536.

694) L. 2. §. 18. D. ibid.

competenten Behörde die Erlaubniß erhalten hat, auf öffentlichem Grund und Boden zu bauen[695]). Als Organe, welche diese Befugniß ertheilen können, nennt das prätorische Edict das Volk, den Senat, den Princeps[696]); indessen steht zu bezweifeln, ob das Volk und der Senat diese Erlaubniß zur Zeit Ulpian's annoch gewähren konnten, wenigstens nennt dieser Schriftsteller nur noch den Princeps als competent[697]). Allein auch dann verstand es sich nicht von selbst, daß die Befugniß zum Nachtheile von Privatpersonen ausgeübt werden konnte; vielmehr mußte dieß in der Erlaubniß ausdrücklich erwähnt sein, und erst dann blieb das dem Privatmanne zuständige Interdict ausgeschlossen[698]). 2) Daß der, welcher von dem Prohibitionsrechte Gebrauch macht, das Interdict in Rücksicht eines Baues braucht, den er selbst auf öffentlichem Grund und Boden unbefugter Weise aufgeführt hat[699]). Andere Einreden werden in den Justinianischen Pandekten nicht berührt. II. Ein prohibitorisches Interdict[700]) gegen den, welcher auf öffentlichen Fahrwegen oder Fußpfaden außerhalb der Stadt etwas so bewerkstelligen will, daß dadurch der Gebrauch dieser Wege oder Pfade gestört oder völlig verhindert wird. Die Voraussetzungen des Rechtsmittels sind folgende: 1) Es muß ein öffentlicher Weg vorliegen. Dieser Begriff wird von Ulpian[701]) nach folgenden zwei Merkmalen bestimmt: daß Grund und Boden, auf welchem er ruht, dem Staate angehört, und daß der Gebrauch dieses Weges dem Publicum unbeschränkt überlassen ist. Ausgeschlossen sind also die Vicinalwege, welche sich in Flecken befinden oder dahin führen, insofern sie durch die Beisteuerung von Privaten erhalten werden[702]); wo dieß nicht der Fall ist, gelten sie für öffentliche. Ferner sind ausgeschlossen die Privatwege, d. h. solche, welche mittelst auferlegter Servitut einem Privaten über einen fremden Acker zum Zwecke des Ackerbaues zustehen, während die, welche von der Heerstraße in benachbarte Villen und Städte abführen und dem Gebrauche des Publicums überlassen sind, für öffentlich erklärt werden. 2) Der Weg muß außerhalb der Stadt gelegen sein[703]). Die Räumlichkeit und Instandehaltung der Stadtwege wird nämlich von bestimmten Magistraten besorgt, also ist hier der Interdictenschutz unnöthig. 3) Der Beklagte muß durch eine Thathandlung die Absicht kund gegeben haben, etwas anzulegen, zu bewerkstelligen, wodurch der Weg verschlechtert wird. Zunächst spricht das Edict nur von Anlagen, die auf öffentlichen Wegen vorgenom-

695) L. 2. pr. §. 10. u. 16. D. ibid.
696) L. 2. pr. D. ibid.
697) L. 2. §. 10. 16. D. ibid. Vgl. L. 14. §. 2. D. de servitutibus. (8. 1.) L. 18. pr. D. de aqua et aquae. (39. 3.) S. de Retes l. c. p. 534.
698) Vgl. die Stellen in der vorigen Note.
699) L. 2. §. 15. D. ibid.
700) Literatur: de Retes l. c. §. 29. tom. VII. p. 335.; Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 402.
701) L. 2. §. 21. D. 43. 8.
702) L. 2. §. 22. D. ibid. L. 3. pr. D. 43. 7.
703) L. 2. §. 24. 25. D. 43. 8.

men werden[704]), allein die Doctrin hat es auch auf Anlagen an benachbarten Grundstücken angewendet, welche die Verschlechterung des öffentlichen Weges zur Folge haben[705]); ferner wird dem Interdicte auch dann Statt gegeben, wenn Vieh auf den Weg getrieben, geweidet und dadurch die Verschlechterung herbeigeführt wird[706]). Den Begriff der Verschlechterung hat man auf die Hinderung, Störung, Erschwerung des freien Verkehres auf dem Wege bezogen[707]); einerlei ob diese Hinderung das Gehen, Fahren, Reiten oder die Viehtrift angeht, ob sie ferner sofort oder nur für die Folge eintritt[708]). Als ein Beispiel einer solchen Benachtheilung wird angeführt, wenn der Pfad steiler, rauher, enger, sumpfiger, übelriechender wird[709]). Das Interdict hat nur den Zweck, die Verschlechterung des Weges für die Zukunft zu verhindern, nicht aber die Niederreißung des bereits Gebauten zu erzwingen. Es steht jedem aus dem Volke zu und erwirkt dem Kläger eine Condemnation auf den Betrag seines Interesses[710]). Von der Beschränkung der Interdictklage auf ein Jahr findet sich keine Spur vor. III. Ein restitutorisches Interdict[711]) auf Wiederherstellung des früheren Zustandes gegen den, welcher auf einer öffentlichen Fahrstraße oder einem öffentlichen Fußwege etwas so angelegt oder hineingelegt hat, daß dadurch jene Wege verschlechtert werden. Erfordernisse sind: 1) es muß ein öffentlicher Weg, 2) und zwar dieser außer der Stadt befindlich sein. Die Nothwendigkeit dieser Erfordernisse ergibt sich aus dem Umstande, daß in den betreffenden Punkten das Interdict mit dem vorigen seiner Fassung nach übereinstimmt, und aus dem Zeugnisse Ulpian's[712]), welcher beide Interdicte aus dem nämlichen Grunde entspringen läßt und ihren Unterschied nur darein setzt, daß das vorige prohibitorisch, dieses restitutorisch ist. Aus diesen Bemerkungen ergibt sich ferner, daß die hier in Frage kommenden Begriffe ganz nach den Grundsätzen zu beurtheilen sind, welche bei dem vorigen Interdicte gelten. 3) Es muß bereits ein Werk aufgeführt oder überhaupt etwas geschehen sein, was die Verschlechterung des öffentlichen Weges herbeiführt. 4) Der Beklagte muß Besitzer dieses Werkes sein[713]), oder den Besitz desselben dolose aufgegeben haben[714]); einerlei, ob er das Werk selbst errichtet hat, oder durch Universal- oder Singularsuccession

---

704) In via publica itinereve publico facere, immittere quid. L. 2. §. 20. D. ibid.
705) L. 2. §. 26—28. 33. D. ibid.
706) L. 2. §. 30. D. ibid.
707) L. 2. §. 32. D. ibid.
708) L. 1. §. 20. 31. D. ibid.
709) L. 1. §. 26—29. 32. D. ibid.
710) L. 1. §. 34. D. ibid.
711) Literatur: de Retes l. c. §. 30. p. 530 sq. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 189—191.
712) L. 2. §. 36. D. 43. 8.
713) Schon das prätorische Edict spricht von factum, immissum habes. L. 1. §. 35. D. ibid. Die Erklärer beziehen diese Worte auf den Besitzer. L. 2. §. 37—39. 42. D. ibid.
714) L. 2. §. 42. D. ibid.

in dessen Besitz gekommen ist. Gegen den, welcher das Werk errichtet hat, hatte Ofilius, wofern er es derelinquirt, die Interdictklage nicht zugelassen, doch ist Ulpian der gegentheiligen Ansicht[715]). Der Zweck des Interdictes ist die Wiederherstellung des vorigen Zustandes, d. h. dessen, welcher vor der Errichtung der Neuerung vorlag[716]), und darauf deutet schon seine restitutorische Qualität. Diese Restitution wird herbeigeführt durch Hinwegräumung des Gebauten und durch Wiederherstellung dessen, was weggenommen worden, und geschieht in der Regel auf Kosten dessen, welcher das Werk errichtet hat; Andere brauchen nur zu leiden, daß es auf Kosten des Klägers weggerissen werde, sie müßten denn die Absicht haben, das Eigenthum an den Stoffen, welche das Hinderniß bilden, nicht aufzugeben[717]). Bei der ficta possessio, wo die Restitution nicht möglich ist, erfolgt die Condemnation auf Geld, und zwar, wenn der Kläger durch die Wegverschlechterung in Nachtheil gerathen ist, kommt auch dieses sein Interesse mit in Anschlag[718]). Das Interdict ist nicht auf ein Jahr beschränkt, weil das Hinwegräumen solcher Hindernisse, welche die öffentlichen Wege verschlechtern, in Rücksicht auf die öffentliche Wohlfahrt einen dauernden Grund für die Zuständigkeit des Rechtsmittels abgibt[719]). IV. Ein prohibitorisches Interdict gegen den, welcher uns am Gebrauche eines öffentlichen Weges hindert, zur Abstellung dieser Störung[720]). In den Justinianischen Pandekten wird davon an der betreffenden Stelle nur die Interdictformel mitgetheilt[721]), anderwärts aber bezeugt, daß es der Prototyp zu dem interdictum ut in flumine publico navigare liceat gewesen ist[722]). Auch in den Sentenzen des Paullus[723]) kommt eine Spur davon zu Tage, welche unter den Händen der westgothischen Epitomatoren gelitten hat. Wenn wir diese Zeugnisse unter einander vergleichen, so ergeben sich folgende Erfordernisse des Interdictes: 1) es muß eine öffentliche Fahrstraße oder ein öffentlicher Fußpfad vorliegen. 2) Dieser Weg muß außerhalb der Stadt befindlich sein[724]). Dieß Requisit wird zwar nicht in den Edictworten ausgedrückt, es ergibt sich aber schon aus der Verbindung des Interdictes mit den beiden vorhergehenden, welche auf städtische Straßen nicht Anwendung leiden, ferner auch daraus, daß der für die letzten beiden angeführte Grund auch auf das vorliegende paßt[725]). 3) Der Inter-

---

715) L. 2. §. 39. D. ibid.

716) Paullus, sent. recept. V. 6. §. 2. L. 2. §. 35. 43. D. 43. 8. Vgl. L. 2. L. 2. §. 37. D. ibid. Vgl. de Retes l. c. p. 536.

717) L. 2. §. 43. D. ibid. Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 190.

718) L. 2. §. 44. D. ibid.

719) Ibidem.

720) de Retes l. c. §. 31. tom. VII. p. 536. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 155.

721) L. 2. §. 45. D. 43. 8.

722) L. 1. §. 1. D. 43. 14.

723) Paulli sent. recept. V. 6. §. 2.

724) Dieß Requisit übergeht Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 155.

725) L. 2. §. 24. D. ibid.

dicent muß in dem ordnungsmäßigen Gebrauche, in der Benutzung des Weges gewaltsam gestört worden sein[726]). Der Zweck des Interdictes ist die Verhütung künftiger Störungen; von dem Schadenersatz ist nirgends die Rede[727]). Als Kläger tritt der Gestörte auf, beklagt wird der Störer. Von Exceptionen, die gegen das Interdict zustehen, wird keine einzige in den Justinianischen Pandekten erwähnt. Neben dem Interdikte steht auch noch die iniuriarum actio gegen den Störer zu[728]).

Interdictum ne quid in loco sacro fiat. Unter dieser Rubrik wird in den Justinianischen Pandekten[729]) ein prohibitorisches Interdict eingestellt, welches die Verhinderung von Anlagen auf loci sacri, wodurch dieselben verunstaltet werden möchten, zum Zweck hat. Die Erfordernisse des Interdictes sind im einzelnen folgende: 1) Es muß ein Grundstück vorliegen[730]), einerlei, ob ein Gebäude darauf aufgeführt ist oder nicht. 2) Dieses Grundstück muß nach vorgängiger Erlaubniß der competenten Behörde der Gottheit consecrirt worden sein[731]). Competent war zur Zeit der Republik das Volk und der Senat[732]); in der späteren Zeit der Princeps[733]). Ausgeschlossen bleibt demnach das Interdict bei den sogen. sacraria, d. h. bei den Orten, wo Heiligthümer niedergelegt sind, ohne daß sie selbst consecrirt worden[734]). Wohl aber ward es schon zeitig ausgedehnt auf Thore, Mauern und andere res sanctae im römischen Sinne[735]). 3) Auf diesem Grundstücke muß eine Anlage versucht werden[736]). Gleichgiltig ist, ob das Werk auf geheiligtem Grund und Boden oder auf dem benachbarten Grundstücke errichtet und nur in die Luftsäule, welche sich über dem geheiligten Orte befindet, hineingelegt wird; ob ferner ein Bau aufgeführt, oder, was bereits steht, weggerissen werden soll u. s. w. 4) Die versuchte Anlage darf dem geheiligten

---

726) Vim fieri veto L. 2. §. 45. D. 43. 8. Als ordnungsmäßigen Gebrauch nennt das Edict nur das ire, agere, was jede widerrechtliche Benutzung der öffentlichen Fahrstraße ausschließt.

727) Dieß verkennt Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 155.

728) L. 13. §. 7. D. de iniuriis. (47. 10.) L. 13. §. 9. D. 43. 8. Daraus erklärt sich auch die sonderbare Stelle bei Paullus l. c. V. 6. §. 2.: Ut interdictum, ita et actio proponitur, ne quis via publica aliquem prohibeat. Anders erklärt die Stelle Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 155.

729) Literatur: de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pte. V. §. 33. im thesaurus iuris ed. Meermann tom. VII. p. 536 sq.; Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 188 flg. Auch bei Caius, inst. IV. §. 140., kommt das Interdict vor.

730) Das Justinianische Recht anerkennt auch bewegliche res sacrae. §. 8. J. 2. 1. ibique Theoph.

731) So faßt den Begriff auf Caius, inst. II. §. 4. 5.; Marcian in L. 6. §. 3., Ulpian in L. 9. pr. §. 1. 2. D. de divisione rerum. (1. 8.) Vgl. §. 8. J. 2. 1. ibiq. Theoph.

732) Caius, inst. II. §. 5.

733) L. 9. §. 1. D. 1. 8. L. 15. D. ut in possess. legat. (36. 4.)

734) L. 1. §. 1. D. 43. 6. Vgl. L. 9. §. 2. D. 1. 8.

735) L. 2. D. 43. 6. vgl. mit Caius, inst. II. §. 8. L. 8. pr. §. 1. L. 9. §. 3. D. 1. 8. S. de Retes l. c. p. 536.

736) L. 1. pr. D. 43. 6.

Platze nicht zur Zierde gereichen[737]); da nur was den Ort verunstaltet oder seine Benutzung erschwert, unterlassen werden soll. Der Zweck des Interdictes ist offenbar der, die consecrirten Plätze von willkürlichen Verunstaltungen frei zu erhalten, was mit den Religionsideen der Römer zusammenhängt. Dem nun entspricht ganz die Fassung des Rechtsmittels, welches die Fortsetzung der angefangenen Anlage unmöglich macht[738]), aber seiner prohibitorischen Natur nach nicht auf die Wiederherstellung des alten Zustandes bezogen werden kann. Nun bezeugt aber Ulpian[739]) ausdrücklich, daß auch, was bereits vollendet war, niedergerissen werden mußte. Dadurch wird es wohl wahrscheinlich, daß der Prätor neben dem prohibitorischen Interdicte zugleich auch ein restitutorisches aufgestellt hat[740]), was freilich in den Justinianischen Pandekten aus unbekannten Gründen ausgelassen sein mag. Eine Bestätigung dieser Ansicht liegt in einer bisher übersehenen Stelle von Paulus[741]).

Interdictum ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est[742]) heißt das Interdict, welches dem in den Güterbesitz Eingewiesenen zum Schutze gegen gewaltsame Störungen zusteht. Die Voraussetzungen desselben sind: 1) Der Kläger muß von dem Prätor in den Besitz der Güter eingewiesen worden sein[743]). Nach classischem Rechte ist es gleichgiltig, aus welchem Grunde diese Einweisung verfügt war[744]); doch ist wahrscheinlich, daß es sich in älterer Zeit nur auf die missio rei servandae causa beschränkt hat[745]). 2) Die Sache, an welcher Besitz ergriffen werden soll oder ergriffen worden ist, muß zu der Gütermasse gehören, welche der Gegenstand der ertheilten Mission ist. Dieß Erforderniß geht auch daraus hervor, daß dem Interdicte nicht unterliegt, wer den fraglichen Gegenstand für sein Eigenthum oder sein Pfand hielt, oder glaubte, sie gehöre nicht zum Vermögen des Schuldners[746]). 3) Der Eingewiesene muß in der Ausübung einer Befugniß, welche in der missio liegt, gehindert worden sein. Die Rechtsquellen erwähnen hier nicht allein die Besitzstörung[747]), sondern

---

737) L. 1. §. 2. D. 43. 6.

738) L. 1. pr. D. ibid. L. 2. §. 19. D. 43. 8.

739) L. 2. §. 19. D. 43. 8.

740) So schon Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 188, Note a.

741) L. 2. §. 1. D. 43. 1.: Interdicta autem competunt vel hominum causa vel divini iuris aut de religione, sicut est: ne quid in loco sacro fiat, aut, quod factum est, restituatur.

742) Litteratur: de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pars 2. nr. 4. §. 30 sq. im thesaurus iuris ed. Meermann tom. VII. p. 513.; Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 136 flg.

743) L. 1. pr. §. 1. 2. D. 43. 4.

744) L. 1. §. 2. L. 3. pr. §. 2. D. ibid. L. 5. §. 27. D. ut in possessionem legatorum. (36. 4.)

745) L. 1. §. 1. D. ibid.

746) L. 1. §. 4. D. ibid. Eine Andeutung enthält L. 3. §. 1. D. ibid.: In his bonis.

747) L. 1. §. 3. L. 3. §. 2. D. 43. 4.

auch die Verhinderung der Besitzergreifung[748]), und beides wird mit den Worten prohiberi, arceri a possessione zusammengestellt. Indeß steht wohl nicht zu bezweifeln, daß es der nächste Zweck des Interdictes war, die einseitige Besitzergreifung des missus zu schützen[749]); demnach galt das Interdict als ein Mittel, die Mission zu realisiren[750]) und ward in dieser Rücksicht neben die extraordinaria decreti executio gestellt. 4) Diese Störung muß im Bewußtsein der Widerrechtlichkeit vorgefallen sein[751]). Also ist das Interdict ausgeschlossen bei Allen, welche glauben, einen gerechten Grund zum Besitze zu haben, oder vermeinen, daß der fragliche Gegenstand nicht zur Gütermasse gehört; deßhalb findet es nicht gegen Personen statt, welche ihrer sinnlichen Wahrnehmung sich nicht bewußt werden können, z. B. bei Wahnsinnigen und Pupillen, sofern sie noch nicht das Alter erreicht haben, in welchem ihnen ein dolus zur Last gelegt werden darf[752]). Aus dem dolus des Vormundes wird die Klage nur insofern gegen den Mündel gestattet, als jener zahlungsfähig ist, mithin den Regreßanspruch deckt[753]). 5) Der Kläger muß ein Interesse daran haben, die Sache zu besitzen, und dieses Interesse muß im Zweifel von ihm erwiesen werden[754]). Treffen diese Erfordernisse zusammen, so ist das Interdict gegründet, welches man sich schon seit den Zeiten der Glosse gewöhnt hat, als adipiscendae und recuperandae possessionis zu denken. Richtiger ist es wohl, doppelte Formeln für dasselbe anzunehmen, eine prohibitorische, welche den Zweck hat, widerrechtliche Störungen in der Besitzergreifung abzuhalten[755]), und wahrscheinlich mit vim fieri veto gefaßt war; und eine restitutorische, welche die Bestimmung hatte, die Rückgabe alles dessen zu erzwingen, was man aus der fremden Gütermasse dolo malo erworben hat und jetzt unrechtlicher Weise dem missus verweigert. Mit diesem Interdicte war unter gleichen Voraussetzungen und zu ähnlichen Zwecken auch eine in factum actio verknüpft, welche von den classischen Juristen genau dem Interdicte entgegengestellt wird[756]), aber in den Justinianischen Pandekten allein erhalten ist[757]), weil die Interdictfor-

---

748) L. 1. §. 1—4 u. 8. L. 3. pr. §. 2. D. 43. 4. Auch die Worte des prätorischen Edictes beziehen sich auf beide Fälle. L. 1. pr. D. ibid.

749) L. 1. §. 1 u. 2. D. ibid. Am deutlichsten L. 1. §. 3. D. ibid.: Non tantum.

750) L. 3. pr. §. 1. D. ibid. L. 5. §. 27. D. 36. 4.

751) L. 1. pr. D. 43. 4.: Si quis dolo malo fecerit. L. 1. §. 4 u. 6. D. ibid. Gewalt ist gerade nicht von Nöthen. L. 1. §. 3. L. 4. pr. D. ibid.

752) L. 1. §. 6. D. ibid.

753) Ibidem.

754) Arg. L. 1. §. 5. D. ibid. Vgl. de Retes l. c. §. 32. p. 513.

755) Darauf beziehen sich die Worte Ulpian's: per interdictum etiam ei subvenit praetor — ne ei vis fiat. L. 4. pr. D. 43. 4. Geradezu sagt dieß L. 3. §. 2. D. ibid.: Praetor ventrem in possessionem mittit, et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est. Diese Ansicht stellt vermuthungsweise auf Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 136, Note b.

756) L. 3. §. 2. D. ibid.

757) L. 1. pr. D. ibid.: In eum in factum iudicium, quanti ea res

mein weggefallen sind. Auf diese in factum actio, welche ihrem Gebiete nach weiter greift, beziehen sich dann auch die Vorschriften über die auszuwirkende Condemnation, welche sich auf folgende Punkte zurückführen lassen: 1) Der Zweck der Klage ist Schadenersatz für die verursachte Störung; der iudex wird angewiesen, die Condemnationssumme ganz nach dem Interesse des Klägers zu bestimmen[758]). 2) Wer die Klage brauchen will, muß sein Interesse speciell beweisen, sonst erfolgt die Absolution[759]). Demnach fällt die Klage weg, wenn die Mission aus einer falsa causa ertheilt worden ist, oder ihre Wirkung durch nachfolgende Thatumstände aufgehoben wird. 3) Beklagt wird der, von welchem die dolose Störung ausgeht[760]), einerlei, ob er sie in eigener Person verübt, oder nur Auftrag dazu ertheilt oder darum gewußt hat[761]). Waren mehrere bei der Störung betheiligt, so ist Jeder von ihnen auf das Ganze gehalten. 4) Die Klage ist ihrer Natur nach pönal[762]) und geht zwar activ auf die Erben über, passiv aber blos insoweit, als diese durch die Störung Vermögen erworben haben[763]); auf das Ganze nur dann, wenn sie in Folge der missio legatorum et fideicommissorum causa zusteht, weil es hier immer in der Willkür der Erben steht, durch das Anbieten der Caution das Interdict zu vermeiden[764]). 5) Die Dauer der Klage ist auf ein Jahr bestimmt, das von der Störung abwärts, und zwar nach den Grundsätzen des annus utilis berechnet wird. Nur, falls sie in Folge der missio legatorum zusteht, wird sie als perpetua actio behandelt, weil auch hier die Erben jeden Augenblick die erforderliche Caution leisten und dadurch das Interdict abwenden können. — Diese Grundsätze, welche der in factum actio zu Grunde liegen, sind in den Justinianischen Pandekten auch auf das Interdict übertragen worden. Allein dabei darf nicht vergessen werden, daß die in factum actio ursprünglich ein weiteres Gebiet hatte, als das Interdict, auch in Fällen gestattet wurde, in denen dieses gar nicht vorkam[765]), z. B. bei der in bona missio ventris nomine, ferner in den Fällen, wo man des Prätors nicht habhaft werden konnte u. s. w.

Interdictum possessorium heißt in dem vorjustinianischen Rechte das Interdict, welches dem bonorum emptor im Concurse zu-

---

fuit — dabo. Gleich darauf in §. 1 ist aber vom Interdict die Rede: Hoc interdictum summa providentia praetor proposuit.

758) Quanti ea res est. L. 1. pr. §. 5. L. 2. pr. D. ibid.

759) L. 1. §. 5. L. 2. pr. D. ibid. Ob die Störung in der Person des missus vorgefallen ist, oder einem Anderen in dessen Namen zugefügt ward, ist gleichgiltig. L. 2. pr. D. ibid.

760) L. 1. pr. §. 4 u. 6. L. 2. §. 1. D. ibid.

761) L. 1. §. 7. D. ibid.

762) L. 1. §. 8. D. ibid.

763) Nec in heredes similesque personas dabitur, nisi in id, quod ad eos pervenit. L. 1. §. 8. cit. Wird sie gegen den Mündel aus dem dolus des Vormundes gestattet, so versteht sich wohl die nämliche Beschränkung von selbst. Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 138, Note k.

764) L. 1. §. 8. D. ibid.

765) L. 3. §. 2. L. 4. §. 3. D. ibid. Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 137.

steht zur Erlangung des Besitzes von Sachen, welche zu der von ihm gekauften Gütermasse gehören. Daß es adipiscendae possessionis ist, bezeugt Cajus[766]), dem wir überhaupt die erste Nachricht von diesem Rechtsmittel verdanken; bei gewaltsamer Besitzentsetzung war es unanwendbar. Wahrscheinlich war es restitutorisch, wie die Analogie des interdictum quorum bonorum und sectorium vermuthen läßt. Bei der bonorum venditio, welche bei der sectio bonorum vorkam, scheint das Interdict nicht anwendbar gewesen zu sein, weil hier ein eigenthümliches interdictum sectorium vorkam, also hat sich seine Zuständigkeit wohl nur auf die prätorischen bonorum emptiones erstreckt. In dem Justinianischen Rechte, wo der Concurs nicht mehr in der Form der bonorum emptio, sondern in der der distractio abgesetzt wird, ist das Rechtsmittel völlig verschwunden.

Interdictum quam haereditatem heißt im vorjustinianischen Rechte das Interdict, welches im Erbschaftsprozesse dem Kläger zur Erlangung des Besitzes einer zur streitigen haereditas gehörigen Sache gegen den Beklagten zustand, wenn dieser die Defension verweigerte[767]). Die Voraussetzungen dieses Rechtsmittels waren folgende: 1) Es mußte eine Erbschaftsklage vorliegen[768]); 2) von dem Beklagten die Defension verweigert worden sein[769]). Hier war es wohl gleichgiltig, ob die Sponsion oder die gewöhnliche cautio pro praede litis vindiciarum und iudicatum solvi verweigert ward, oder ob auf die vorhergehende Frage in iure der Besitz der Erbschaftssache abgeleugnet wurde, sofern nur im letzten Falle nachgewiesen werden konnte, daß der Beklagte den Besitz der Sache wirklich habe. 3) Der Kläger muß sich zur Leistung der Satisdation erbieten[770]). Wo nicht, so bleibt der Besitz der Sache in den Händen des Beklagten, und das Interdict ist nicht zuständig. So kann es wohl kommen, daß der Beklagte auch, wenn er nur des Vadimoniums halber promittirt, im Besitze der Sache verbleibt[771]). — Der Zweck des Interdictes ist, dem Kläger den Besitz der fraglichen Sache zu verschaffen, und in dieser Rücksicht heißt es vom Beklagten: cogitur ad me transferre possessionem[772]); einerlei, ob er

---

766) Inst. IV. §. 145.

767) Dieß Interdict ist uns zuerst bekannt geworden durch das Wiener Fragment aus Ulpian's Institutionen ed. Endlicher (Vind. 1835. 8.). Vgl. Rudorff, über das Interdictum quem fundum und die demselben nachgebildeten Rechtsmittel, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 9, S. 7—35.

768) Fragm. Vind. p. 7.: Nempe si fundum vel haereditatem ab aliquo petam, nec lis defendat, cogitur ad me transferre possessionem.

769) Fr. Vind. p. 7.: Nec lis defendat. Am deutlichsten Paullus, sent. recept. I. 11. §. 1.

770) Paullus l. c. I. 11. §. 1.

771) L. 5. pr. D. de hereditatis petitione. (5. 3.) vgl. mit L. 15. §. 2. D. de quaestionibus. (48. 18.) Vgl. Rudorff a. a. O. Th. 9, S. 38—42.

772) Fragm. Vind. p. 7. Eine Anspielung darauf enthält L. 6. §. 6. D. de Carboniano edicto. (37. 10.) Vgl. Rudorff a. a. O. Bd. 9, S. 44.

jemals den Besitz der fraglichen Sache gehabt hat oder nicht[773]). Dadurch werden nun die Rollen der Partein im Prozesse verändert, der Beklagte ist gezwungen, in der haereditatis petitio selbst als Kläger aufzutreten, sofern er den Besitz der fraglichen Sache fernerweit beanspruchen will. Diesem Zwecke nun entspricht wahrscheinlich auch die Fassung des Interdictes[774]), welches seiner Natur nach bald adipiscendae, bald recuperandae possessionis ist, je nachdem der Kläger den Besitz vorher niemals gehabt oder durch Zufall verloren hat. Wahrscheinlich ist es dem interdictum quem fundum nachgebildet, doch mußte es als ein selbstständiges Rechtsmittel im Edicte proponirt werden, da es andere Erforderniſſe hat, ja Eins, was bei jenem gar nicht denkbar ist, nämlich die Cautionsstellung von Seiten des Klägers. Im Justinianischen Rechte ist das Interdict verschwunden, und das hängt theils mit der veränderten Caution in der Erbschaftsklage, theils mit der sich immer mehr geltend machenden directen Execution zusammen. Nur in der Lehre von dem Carbonianischen Edicte[775]) sind Spuren des Interdictes übrig geblieben, allein auch diese können vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes aus anders erklärt werden.

Interdictum quem fundum heißt im vorjustinianischen Rechte[776]) das Interdict, welches im Eigenthumsprozesse dem Kläger zur Erlangung des Besitzes der streitigen Sache gegen den Beklagten zustand, wenn dieser die Defension verweigerte. Es ist ein interdictum duplex, also zugleich adipiscendae und recuperandae possessionis[777]); das erste, wenn der Kläger den Besitz des streitigen Grundstückes vorher nicht gehabt hatte; das zweite, wofern er früher Besitzer desselben gewesen war, aber diesen Besitz durch irgend einen dazwischen liegenden Thatumstand verloren hatte. Die Voraussetzungen des Interdictes scheinen folgende gewesen zu sein: 1) Es muß eine Eigenthumsklage anhängig gemacht worden sein, 2) der Beklagte sich geweigert haben, die gehörige Defension zu leisten, wohin nicht blos die Verweigerung der gehörigen Sponsion, sondern auch die Unterlassung der cautio iudicatum solvi gerechnet ward[778]). Aus

773) Fr. Vind. p. 7.: Sive numquam possedi, sive autem possedi, deinde amisi possessionem.

774) Wahrscheinlich war hier der Ausdruck restituas gebraucht. Vgl. den Artikel interdictum quem fundum.

775) L. 6. §. 6. D. 37. 10.

776) Dieß Interdict ist uns erst bekannt geworden durch Fragm. Vat. §. 92. und das Wiener Fragment von Ulpian's Institutionen (ed. Endlicher). Eine tüchtige Erörterung der hier einschlagenden Zeugnisse aus den römischen Rechtsquellen enthält Rudorff, über das Interdictum quem fundum und die demselben nachgebildeten Rechtsmittel, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 9, S. 7—55.

777) Vgl. das Ende von L. 2. §. 2. D. 43. 1. mit Fragm. Vind. p. 7. Ehe uns dieß bekannt geworden, hatte die Glosse bei der Erklärung des Pandektenfragmentes an das Interdictum: ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est gedacht. Vgl. jetzt Rudorff a. a. O. Bd. 9, S. 10—18.

778) Fragm. Vind. p. 7. Fr. Vat. §. 92. L. 45. D. de damno infecto. (39. 2.) L. un. C. uti possidetis. (8. 6.) Vgl. Rudorff a. a. O. Bd. 9, S. 19 flg.

dem Justinianischen Rechte gehört dahin, wenn Jemand auf die vorhergehende interrogatio in iure, ob und zu welchem Theile er das ihm abgeforderte Grundstück besitze, entweder gar nicht oder nicht in der gehörigen Weise antwortet[779]), oder aber den Besitz leugnet und nachher vom Gegentheile überführt wird[780]). In allen diesen Fällen soll nämlich der Besitz auch ohne Eigenthumsbeweis an den Kläger vermittelst des Interdictes übertragen werden, und dadurch wird der Beklagte mittelbar gezwungen, die Rolle des Klägers zu übernehmen[781]). Dieß nannte man transfertur possessio, manchmal mit dem Zusatze per iudicem, womit nicht der Prätor, sondern der Interdictjudex gemeint ist[782]). Die Wirkung des Interdictes, welches wahrscheinlich restitutorisch gefaßt war[783]), ist, daß der Beklagte, wofern er nicht den Besitz der Sache an den Kläger ausantwortet, in dem angefügten Judicium auf das Interesse condemnirt wird. Die Einführung des Interdictes hängt mit der petitoria formula der Eigenthumsklage zusammen; wenigstens finden wir, daß in der legis actio sacramento und der ihr nachgebildeten Eigenthumsklage per sponsionem auf andere Weise für die Regulirung der Parteirollen gesorgt war. Von der Edictstelle, in welcher es aufgestellt war, hat sich die Ueberschrift in den Justinianischen Pandekten erhalten: a quo fundus petetur si rem nolit (scil. defendere)[784]). Im Justinianischen Rechte ist das Interdict übergangen worden, doch sind daselbst noch folgende Wirkungen desselben stehen geblieben: 1) Wenn der Beklagte in der Eigenthumsklage den Besitz leugnet und nachher vom Gegentheile überführt wird, hat er ohne weiteres den Besitz der geforderten Sache an den Kläger zurückzuerstatten; einerlei, ob er wahrer Sacheigenthümer ist oder nicht[785]). Dadurch werden die Parteirollen gewechselt, der Kläger erhält alle materiellen Vortheile des Besitzes, und der Gegner ist genöthigt, wenn er ihn wiederhaben will, selbst die Rolle des Klägers im Petitorium zu übernehmen. 2) Wenn der Beklagte vor Gericht befragt wird, ob und zu welchen Theilen er das vindicirte Grundstück besitzt, dazu aber schweigt oder einen geringeren Antheil angibt, als er wirklich besitzt, so gilt er rücksichtlich der Sache für indefen-

---

779) L. 20. §. 1. D. de interrogationibus in iure. (11. 1.) Vgl. Rudorff a. a. O. Bd. 9, S. 46.

780) L. 80. D. 6. 1.

781) L. 80. D. ibid. L. un. C. 8. 6. Vgl. Rudorff a. a. O. Bd. 9, S. 28 flg.

782) So L. 80. D. ibid. L. 45. D. 39. 2. L. un. C. 8. 6. Vgl. Rudorff a. a. O. Bd. 9, S. 30—34.

783) Die Form: restituas ist auch auf interdicta adipiscendae possessionis anwendbar, z. B. bei dem Interdictum quorum bonorum (L. 1. pr. D. 43. 2.), und quorum legatorum (L. 2. §. 2. D. 43. 3.). Eine directe Bestätigung dieser Ansicht liegt in der Fassung des Interdictum: quem usumfructum.

784) L. 45. D. 39. 2. Scaevola. Zur Erläuterung dient Fragm. Vat. §. 92. libro 4. De interdictis sub titulo: a quo ususfructus petetur, si rem nolit defendere. Vgl. Rudorff a. a. O. Bd. 9, S. 19 flg.

785) L. 80. D. 6. 1.

sus, und nach seiner Antwort wird der Besitz der Sache entweder ganz oder zum Theile an den Kläger übertragen[786]). — Die Gründe, weßhalb im Justinianischen Rechte das Interdict abgekommen ist, sind nicht klar. Wahrscheinlich trug dazu auf der einen Seite der Wegfall der cautio iudicatum solvi bei der Eigenthumsklage bei; andererseits wirkte wohl auch die directe Execution, welche dem Justinianischen Rechte eigenthümlich ist, darauf ein, daß ein Rechtsmittel in Vergessenheit kam, welches zur Erzielung des nämlichen Resultates große Umwege nöthig machte.

Interdictum quem usumfructum[787]) heißt im vorjustinianischen Rechte das Interdict, welches dem Kläger in dem wegen des Nießbrauches angestellten Vindicationsprozesse — in der confessoria actio — gegen den Beklagten zusteht, wenn dieser die Defension verweigert. Es ist uns zuerst durch die vaticanischen Fragmente bekannt geworden, nach Analogie des interdictum quem fundum eingeführt[788]), wahrscheinlich war es also, wie dieses, duplex, d. h. nach Verschiedenheit der Fälle bald adipiscendae, bald recuperandae possessionis, je nachdem der Kläger den Besitz der Sache nie gehabt oder aber durch Zufall verloren hat. Daß es restitutorisch gewesen, mithin in die Formel restituas ausgegangen sei, ergeben die vaticanischen Fragmente[789]), welche besagen, daß die Restitution, welche das Interdict bezweckt, dann erst für erfolgt zu achten ist, wenn der Nutznießer so in den Besitz des Grundstückes eingewiesen ist, daß ihm dieser von Niemand mit dem interdictum unde vi abgestritten werden kann. Geht die Restitution nicht in der angegebenen Weise vor sich, so wird der Beklagte in dem angehängten Judicium auf das Interesse des Interdicenten condemnirt. Der Zweck des Interdictes scheint zu sein, den Beklagten in der Confessoria zur Defension der Sache zu zwingen, und, wofern dieß nicht geschieht, dem Kläger die Parteirolle des Beklagten zuzuwenden, der nach der Besitzübertragung selbstständig mit der Klage auftreten muß, wofern er den Besitz wieder erlangen will. Die Rubrik des prätorischen Edictes, unter welcher das Interdict vorkam, hat sich in den vaticanischen Fragmenten[790]) erhalten: a quo ususfructus petetur, si rem nolit defendere. Im Justinianischen Rechte ist das Interdict übergangen worden, was wohl aus ähnlichen Gründen geschehen ist, welche den Ausschluß des interdictum quem fundum vom Gebiete der Justinianischen Pandekten motivirt haben.

---

786) L. 20. §. 1. D. de interrogationibus in iure faciendis. (11. 1.)

787) Vgl. Rudorff, über das Interdictum quem fundum und die demselben nachgebildeten Rechtsmittel, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 9, S. 7—55.

788) Fr. Vat. §. 92.: Sicut corpora vindicanti, ita et ius, satisdare oportere et ideo necessario exemplo interdicti quem fundum proponi etiam interdictum, quem usumfructum vindicare velit, de restituendo usufructu.

789) §. 92.: De restituendo usufructu. §. 93.: Post pauca sub titulo suprascripto: restitutus ex hoc interdicto ususfructus intelligitur.

790) §. 92.

Interdictum quod legatorum[791]) heißt das Interdict, womit der zur Erbfolge Berechtigte die Herausgabe dessen erzwingt, was der Vermächtnißnehmer ohne Bewilligung dessen, dem die Verlassenschaft zugefallen ist, eigenmächtig in seine Hände gebracht hat und als Vermächtniß besitzt. Die Erforderniſſe desselben sind im einzelnen folgende: 1) Es muß ein Vermächtniß vorliegen. Zunächst ist das Interdict nur bei Legaten vorgekommen, wie der Name bezeugt, und aus einer Reihe von Zeugnissen der classischen Juristen hervorgeht[792]); allein schon zur Zeit von Diocletian und Maximian hatte seine Anwendung auf Fideicommisse kein Bedenken[793]). Auf Schenkungen von Todeswegen ist das Rechtsmittel nicht ausgedehnt worden[794]). — Die vermachte Sache mußte im classischen Pandektenrechte auch körperlich sein. Auf Rechte, welche der Gegenstand des Vermächtnisses werden, z. B. auf den usus, ususfructus ward das Interdict nur utiliter und zwar mit veränderter formula angewendet[795]); in den Justinianischen Pandekten ist diese Formel übergangen und das Rechtsmittel allgemein auch bei legirten Rechten zugelassen worden[796]). 2) Der Legatar muß sich in den Besitz des Vermächtnisses gesetzt haben, ohne den zu fragen, welchem die Erbschaft zufällt. Dieß geht nicht allein aus dem Zwecke des Interdictes hervor, sondern wird auch von den römischen Juristen ausdrücklich hervorgehoben[797]). Daher ist das Interdict nicht anwendbar, wenn der Erbe oder bonorum possessor eingewilligt hat[798]); fällt unter mehreren Miterben, von denen einige eingewilligt haben, nur denen zu, welche ihre Einwilligung versagt haben[799]); und kommt, die Identität des Legatars vorausgesetzt, für die eine von den legirten Sachen oder, um noch genauer zu reden, für den Theil derselben, welcher vom Vermächtnißnehmer mit Bewilligung des Erben in Besitz genommen worden ist, in Wegfall[800]). Rücksichtlich dieser Einwilligung ist noch zu bemerken, daß sie der Erbe in dem Bewußtsein, daß er Erbe sei, gegeben haben muß, wenn sie das Interdict ausschließen soll[801]). Wird sie also vor dem Antritte der Erbschaft, oder vor der Erbittung der bonorum possessio im Voraus ertheilt,

---

791) Literatur: de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pars I. nr. 3. §. 22—27. im thesaurus iuris ed. Meermann tom. VII. p. 502 sq.; Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 131—133.

792) L. 1. §. 2. 10. 15. L. 2. §. 2. D. quod legatorum. (43. 3.) L. un. C. quod legatorum. (8. 3.)

793) L. un. C. quod legatorum. (8. 3.): Relicta sibi legata vel fideicommissa detinuit.

794) L. 1. §. 5. D. 43. 3.

795) Fragm. Vat. §. 91.

796) L. 1. §. 8. D. ibid.

797) Non ex voluntate heredis occupavit L. 1. §. 2. 11. 12. 14. D. ibidem.

798) L. 1. §. 11. D. ibid.

799) L. 1. §. 15. D. ibid.

800) L. 1. §. 12. D. ibid.

801) Dieß ist nur eine Folgerung aus den Edictworten: voluntate eius, ad quem ea res pertinet. L. 1. §. 11. D. ibid.

so bleibt das Rechtsmittel auch fernerhin noch zuständig[802]). Der anfänglichen Einwilligung des Erben wird die spätere Ratihabition der Besitznahme gleichgestellt, daher von diesem Augenblicke an das früher zuständige Rechtsmittel cessirt[803]). — Auf welche Weise die Besitznahme der Sache erfolgt, ist gleichgiltig. Die Quellen sprechen hier nur von occupare[804]), possideri coeptum[805]). Bei Rechten, welche Gegenstand des Vermächtnisses sind, treten die Grundsätze vom Quasibesitze ein[806]). 3) Der Vermächtnißnehmer muß die legirte Sache zur Zeit der Klagenstellung annoch besitzen oder diesen Besitz dolose aufgegeben haben. Dieß Erforderniß ist schon in der Interdictformel enthalten: quod de his bonis possides — quodque dolo malo fecisti, quominus possideres[807]). Unter possidere verstand man hier wohl Detention der Sache cum animo domini. Wenigstens ist dieß die gewöhnliche Bedeutung des Wortes, was hier charakteristisch ist; daß bloße Detention ohne diesen animus nicht zureicht, wird ausdrücklich bezeugt[808]). Wer den Besitz ohne dolus verloren hat, unterliegt dem Interdicte nicht[809]). 4) Dieser Besitz muß vom Vermächtnißnehmer im Bewußtsein des ihm an der Sache zustehenden Vermächtnißrechtes ausgeübt werden[810]). Liegt ein Präceptionslegat an einen Miterben vor, so fällt das Interdict insoweit weg, als er dieß Legat in seiner Erbenqualität beanspruchen kann[811]). Wo es zweifelhaft ist, ob der Legatar pro legato oder pro haerede oder pro possessore besitzt, muß das Interdict mit der haereditas petitio cumulirt werden, doch mit dem Beisatze, daß man nur die zuständige Klage fortzusetzen gedenkt[812]). 5) Der Kläger muß bereit sein, dem Beklagten auf sein Verlangen Sicherheit für die Ausantwortung des Legates zu gewähren[813]). Damit hat es aber folgende Bewandtniß. Der Erbe ist verpflichtet, dem Vermächtnißnehmer Caution zu stellen, weil jener alles, dieser aber zu seiner Sicherheit nichts in den Händen hat. Wird die Caution nicht in der gehörigen Maße geleistet, so erfolgt die Einweisung des Legatars in den Erbschaftsbesitz, welche das Interdict aus-

---

802) L. 1. §. 11. D. 43. 3.
803) L. 1. §. 14. D. ibid.
804) L. 1. §. 2. 8. 12. D. ibid.
805) L. 1. §. 13. 14. D. ibid.
806) L. 1. §. 8. D. ibid. vgl. mit Fragm. Vat. §. 91.
807) Fragm. Vat. §. 91. Eine Anspielung darauf enthält L. 1. §. 7. D. ibid.
808) L. 1. §. 9. D. ibid.: Quia non possidet is, qui missus est in possessionem, sed potius custodit. Vgl. L. 1. §. 5. 8 u. 10. D. ibid.
809) L. 1. §. 7. D. ibid.
810) Fragm. Vat. §. 91.: Legati nomine. Anspielungen enthalten L. 1. §. 2. 4. 6. 10. D. ibid.
811) L. 1. §. 6. D. ibid.
812) L. 1. §. 4. D. ibid.
813) Am deutlichsten L. un. C. 8. 3. L. 1. §. 16—18. L. 2. pr. §. 1—3. D. ibid. Darauf beziehen sich die Worte des Edictes: nisi satisdatum sit (L. 1. §. 16) si per bonorum possessorem non stat, quominus satisdetur (L. 2. §. 1.).

schließt[814]), und in ihren Wirkungen so lange andauert, bis die Caution geleistet wird. Erfolgt die Caution, so greift das Interdict wiederum Platz[815]). War keine Mission verlangt, so behält der Legatar sein Recht auf die Caution immer fort. Er kann also, wenn das Interdict angestellt wird, zu jeder Zeit diese Caution, oder, wenn sie erloschen ist, deren Erneuerung vom Kläger verlangen[816]), selbst dann, wenn sie früherhin durch seine eigene Schuld verzögert worden ist[817]). Zögert also der Kläger nach Anstellung der Klage widerrechtlich mit der Cautionsleistung, so fällt auch die Klage als erfolglos hinweg[818]), doch kann er seine frühere mora durch sofortiges Anbieten der Caution in ihren Folgen aufheben[819]). Auf die Art und Weise, wie die Caution, und auf die Frage, an wen sie geleistet worden ist, kommt weiter nichts an, sofern sie nur noch zur Zeit der Klagenstellung andauert[820]), an Jemand abgegeben ist, der von dem Vermächtnißnehmer mit der actio mandati zur Abtretung der Cautionsklage gezwungen werden kann[821]), und der Vermächtnißnehmer sich mit der Leistungsart überein verstanden erklärt[822]). Dabei versteht es sich von selbst, daß sie vollständig sein, mit anderen Worten alles, was Gegenstand des Interdictes wird, umfassen muß; also fällt dieß weg in Rücksicht der Sachen, für welche der Erbe noch nicht dem Beklagten Caution geleistet hat[823]), sie müßten denn demselben durch Anwachsungsrecht zugefallen sein[824]). — Der Erfolg des Interdictes bestimmt sich ganz nach seinem Zwecke, welchen Ulpian[825]) dahin angibt, es solle verhüten, daß sich nicht die Legatare eigenmächtig, ohne den Erben zu fragen, in den Besitz der ihnen legirten Sachen setzten, und im Contraventionsfalle die Handlung des Legatars in ihren Folgen aufheben. Wahrscheinlich nahm man auch besonders auf den Abzug der Falcidischen Quart Rücksicht, welcher dem Erben nur unter der Voraussetzung des eigenen Besitzes leicht war[826]), doch war dieß wohl nicht der Grund für die Einführung des Interdictes[827]), welches vielmehr mit der alten Missionstheorie zusammenhängt. Die Wirkung des Rechtsmit-

---

814) L. 1. §. 9. D. ibid.
815) Ibidem.
816) Am deutlichsten L. 2. §. 1. L. 1. §. 16 u. 17. D. ibid. Darnach ist das oblata satisdatione in L. un. C. 8. 3. zu erklären.
817) L. 2. §. 4. D. ibid.
818) L. 1. §. 17 u. 18. L. 2. §. 1 u. 3. D. ibid.
819) L. 2. §. 4. D. ibid.
820) L. 1. §. 16. D. ibid.: Quod ait praetor: nisi satisdatum sit, accipere debemus: si perseveret satisdatum.
821) L. 1. §. 17. D. ibid.
822) L. 2. §. 3. D. ibid.
823) L. 1. §. 18. D. ibid.
824) L. 2. pr. D. ibid.
825) L. 1. §. 2. D. 43. 3. Die Worte ipsum sibi ius dicere sind, wie im edictum divi Marci, von der unerlaubten Selbsthilfe zu verstehen.
826) Dieß hebt namentlich L. un. C. 8. 3. hervor. Eine Anspielung enthält L. 1. §. 5. D. 43. 3. Vgl. Cuiacii observ. 8. 2.
827) Gleichwohl hat diese Ansicht viele Anhänger. Vgl. de Retes l. c. §. 22. p. 502.

tels erklärt sich aus seiner Fassung mit: restituas[828]), und aus seiner Eigenschaft als interdictum adipiscendae possessionis[829]). Gibt der Beklagte nicht die Sache heraus, so wird er auf das Interesse des Klägers verurtheilt[830]). Daß das Interdict activ auf die Erben übergeht, wird ausdrücklich bezeugt[831]); der passive Uebergang unterliegt zwar auch keinem gegründeten Zweifel, sofern nur die weitere Bedingung des Interdictes, d. h. der Besitz der Sache in der Person des Erben, zutrifft[832]); allein hier ist der Umfang des Ueberganges weiter, als im vorigen Falle, da auch die Singularsuccessoren, sofern sie in den Besitz der Sache kommen, der Klage unterliegen[833]). Von der Beschränkung auf ein Jahr ist nirgends die Rede; Exceptionen kommen nicht vor, man müßte denn die von Seiten des Klägers verweigerte Satisdation für einen Exceptionsgrund halten, wozu die Edictsworte: nisi satisdatum sit allerdings Veranlassung geben können. — Es mag noch die Frage berührt werden, ob die Anwendbarkeit des Interdictes nicht durch spätere Gesetze beschränkt sei[834]). In einer Constitution Caracalla's[835]) wird der mit dem Verluste der Klage bedroht, welcher die ihm legirten Sachen aus der Erbschaft entwendet hat (subtraxisse). Wahrscheinlich ging also das Gesetz entweder auf wirklichen Diebstahl oder auf das crimen expilatae haereditatis, und verhängte über den Schuldigen die Strafen der Indignität. Die Anwendung des Interdictes kann dadurch wohl nicht beschränkt worden sein, da dieses unerlaubte Eigenmacht, jene Constitution aber betrügliche Absicht voraussetzt. Zudem besteht das Interdict in einer späteren Constitution[836]) mit allen seinen Erfordernissen selbstständig fort: wie könnte man nun annehmen, daß sich schon vor Justinian eine gegentheilige Praxis in Rücksicht auf das frühere Gesetz gebildet habe?

Interdictum quod vi aut clam heißt in der Kunstsprache der römischen Juristen das restitutorische Interdict[837]), welches die Herstellung des alten Zustandes auf einem Grundstücke bezweckt, wenn dieser durch eine Arbeit gestört worden ist, welche hinter dem Rücken des Einen oder seinem Widerstande zum Trotze gemacht wird. Die Erfordernisse des Rechtsmittels sind folgende: 1) Es muß ein Grundstück vorliegen,

---

828) L. 1. §. 2. D. 43. 3. Vgl. L. 1. §. 7. D. ibid.
829) L. 1. §. 1. D. ibid. Vgl. L. un. C. 8. 3.
830) L. 2. §. 2. D. ibid.
831) L. 1. §. 3. D. ibid.
832) L. 1. §. 10 u. 13. D. ibid.
833) L. 1. §. 13. D. ibid. Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 133.
834) Sehr ausführlich ist hier de Retes l. c. §. 27. p. 503.
835) L. 5. C. de legatis. (6. 37.)
836) L. un. C. 8. 3.
837) Litteratur: Donellus, commentarii iuris civilis lib. XV. cap. 35.; Hasse, über das Interdictum quod vi aut clam, im rheinischen Museum für Jurisprudenz Bd. 1, S. 1—51; Francke, über das Interdict quod vi aut clam, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 22, Nr. 14, S. 350—394; Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 179—186.

eingeräumt werden muß, in Ansehung derjenigen aber, für welche der Beklagte, obgleich er nicht wirklich besitzt, doch haftet, als ob er besitze, Ersatz zu leisten ist[15]). Und zwar kann dabei dem Kläger auch der Besitz derjenigen Sachen nicht vorenthalten werden, deren Eigenthum zwar der Beklagte aus irgend einem speciellen Erwerbgrunde sich beilegt, die aber vom Erblasser bis zu seinem Tode besessen und dann vom Beklagten in Besitz genommen worden sind; der letzte mag dieselben, nachdem er vorerst den anmaßlich erworbenen Besitz aufgegeben hat, vindiciren[16]). Auch die vollendete usucapio pro herede einzelner Erbschaftssachen kann der Beklagte nicht geltend machen, um sich von deren Restitution zu befreien, indem dieses, wie bei der hereditatis petitio durch den bekannten Hadrianischen Senatsbeschluß, so bei dem Interdictum durch einen besonderen Zusatz in der Interdictsformel ausgeschlossen ist[17]).

Schließlich ist nun noch die Frage zu beantworten, in welchem Verhältnisse dieses Interdictum zu der ordentlichen Erbschaftsklage stehe? Darüber sind die Meinungen unserer Rechtsgelehrten, so viel das römische Recht betrifft, sehr abweichend von einander. Nach einer Meinung war das Interdictum materiell eigentlich nicht verschieden von der hereditatis petitio; der wesentliche Unterschied bestand nur in der formellen Eigenthümlichkeit, des Interdictverfahrens; wäre die hereditatis petitio possessoria früher aufgestellt worden, so würde man des Interdictes gar nicht bedurft haben; jetzt ließ man es nur als einmal hergebrachte Klageform neben jener bestehen; es war aber, seitdem das Eigenthümliche des Interdictverfahrens verschwunden, in der That nur ein anderer Name für die possessoria hereditatis petitio[18]); ja, ein Anhänger dieser Ansicht hat sogar die Kühnheit gehabt, diese letzte für eine verkehrte Erfindung der Justinianischen Compilatoren zu erklären[19]). Nach einer anderen Ansicht war das Interdict ein eigenes summarisches und provisorisches Rechtsmittel; es hatte keinen anderen Zweck als den, recht bald dem Erben den Besitz der Erbschaftsachen zu verschaffen; es erzielte aber nicht definitive Entscheidung über das Erbrecht des Klägers; vielmehr konnte der Erfolg des Interdictprozesses noch durch die hereditatis petitio (civilis oder possessoria) der Gegenpartei angefochten werden[20]).

---

15) L. 3. C. h. t. Vgl. Note 9.

16) L. 3. C. cit. Omnibus frustrationibus amputatis in petitorem corpora transferantur, secunda proprietatis actione non exclusa. Vgl. Francke, Recht der Notherben S. 99 flg. Fabricius a. a. O. S. 171—174. Arndts, Beiträge I. S. 38—46.

17) L. 1. D. h. t.: Possideresve si nihil usucaptum esset. Ueber die Auslegung dieser Worte vgl. v. Savigny a. a. O. S. 22, 23. Arndts, im rhein. Mus. II. S. 35—37, und a. a. O. S. 88—93, S. auch den Art. hereditatis petitio a. E.

18) v. Savigny, in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. V, S. 18 flg., Bd. VI, S. 229 flg. Fabricius a. a. O. S. 204 flg., und histor. Forschungen I. S. 197—202.

19) Fabricius a. a. O. Vgl. dagegen Arndts a. a. O. S. 51—59.

20) Thibaut, im Arch. für civ. Prax. X. S. 23. Löhr, das. XII. S. 6. Francke a. a. O. S. 97—106. Mayer, Erbr. I. S. 401—417. Vangerow, Pand. §. 509.

schah, in der Regel auch kein Interesse des Interdicenten erweislich ist, dessen Vorhandensein von den classischen Juristen als ein nothwendiges Requisit für die Zuständigkeit des Interdictes bezeichnet wird. 4) Die Arbeit muß von der unerlaubten Eigenmacht eines Privaten ausgehen[856]). Ausgeschlossen ist demnach das Interdict, wenn ein Magistrat vermöge seiner Amtsgewalt die Arbeit anbefohlen hat[857]), und wenn sie weder ohne Vorwissen des Interdicenten, noch seinem Verbote zum Trotz vorgenommen worden ist[858]). Die letzten beiden Fälle umfaßt das Edict mit den Worten: quod vi aut clam factum est, und die alten Edictcommentatoren haben von daher Gelegenheit genommen, diese Begriffe weitläufig zu erörtern[859]). Der zuerst genannte Begriff wird in den Justinianischen Pandekten nach der von Ulpian gebilligten Begriffsbestimmung von Qu. Mucius Scävola auf alle Fälle bezogen, in welchen das Werk gegen das ausgebrachte Verbot des zur Prohibition Berechtigten errichtet worden ist[860]), und dazu werden nach der späteren Doctrin auch die Fälle gerechnet, in welchen dieses Verbot als geschehen fingirt wird, weil der Arbeiter arglistiger Weise es von sich abzuwenden gewußt hat[861]). Damit ein solches Verbot wirksam sei, wird erfordert: a) daß es von Jemand ausgebracht wird, welcher das Interdict brauchen kann. Diese Berechtigung bestimmt sich nach seinem Interesse[862]) an der Unterlassung des Werkes, einerlei, ob sich dieses Interesse auf einen Vermögensschaden oder auf einen Nachtheil anderer Art gründet[863]). Wo kein Interesse erweislich ist, fällt auch das Interdict hinweg. Als berechtigt wird bei Privatgrundstücken vor allen Dingen genannt: der Eigenthümer des Grundstückes[864]), der Nutzungsberechtigte, also der Nutznießer[865]), der Pächter[866]), der Fruchtkäufer[867]), wer die Sache precario besitzt[868]); ferner jeder, welcher ein das Eigenthum beschränkendes Recht sich beilegt, einerlei, ob dieß im Miteigenthume[869]) oder in einer ding-

---

856) L. 1. §. 2. L. 7. §. 4. D. ibid.
857) L. 7. §. 4. D. ibid.
858) L. 1. pr. §. 4 u. 5. L. 7. §. 5. L. 11. §. 5. D. ibid.
859) So schon Quintus Mucius, Cascellius, Trebatius, Labeo. L. 1. §. 5—9. D. ibid.
860) L. 1. §. 5. D. ibid.
861) L. 1. §. 8. L. 20. pr. D. ibid. Vgl. Hasse a. a. O. Bd. 1, S. 5. Die bloße Absicht zu prohibiren wird nicht berücksichtigt. L. 1. §. 10 u. 11. D. ibid.
862) L. 11. §. 1. 11. L. 12. L. 13. §. 3 u. 4. L. 16. pr. §. 1. D. ibid. Vgl. Hasse a. a. O. S. 5.
863) L. 11. §. 1. D. ibid.
864) L. 11. §. 14. D. ibid.
865) L. 12. L. 13. pr. L. 16. pr. D. ibid. L. 6. D. quibus modis ususfructus. (7. 4.)
866) L. 11. §. 12. L. 12. u. L. 19. D. 43. 24.
867) L. 13. §. 4. D. ibid.
868) L. 11. §. 12. D. ibid.
869) L. 13. §. 3. D. ibid. L. 28. D. communi dividundo. (10. 3.) Vgl. Francke a. a. O. Th. 22, S. 384 flg.

lichen Servitut begründet ist[870]). Bei Ländereien, welche dem Staate angehören, steht das Interdict dem zu, dessen Vermögensinteresse bei der Unterlassung des Werkes in Frage kommt[871]); bei loci religiosi aber dem, welcher das Bestattungsrecht erworben hat[872]). b) Daß das Verbot von Anfang an nicht sofort unzulässig erscheint, oder ungeachtet seiner anfänglichen Wirksamkeit nicht durch einen später hinzutretenden Umstand wieder aufgehoben wird. Von Anfang an unwirksam ist jedes Verbot, welches gegen Bauten im Meere oder an dessen Ufern ausgebracht wird[873]), oder gegen Veränderungen an Grundstücken, die der Erbauer im Eigenthume und Besitze hat[874]); ex postfacto wird es unwirksam, wenn der Prohibent später dasselbe zurücknimmt[875]), oder der Prohibitus den bei seiner Ausbringung namhaft gemachten Grund hinwegräumt[876]), oder sich dazu bereit erklärt, sein Baurecht gerichtlich zu vertreten[877]), oder endlich das Gericht das ausgebrachte Verbot für ungegründet erklärt[878]). Bloßer Zeitablauf als solcher hebt die Wirkung des Verbotes nicht auf; daher, wer späterhin sein Beginnen erneuert, immer noch als dem Widerstande trotzend behandelt wird[879]). Sonst ist das Verbot an keine bestimmte Form gebunden. Es kann durch wörtliche Erklärung[880]), selbst unter Zuziehung der Obrigkeit ausgebracht werden[881]); auch wird jeder thätliche Widerstand berücksichtigt[882]); selbst symbolische Handlungen, z. B. das Hinwerfen eines Steines auf das Werk, welches errichtet wird (der sogen. iactus lapilli), sind für hinreichend erklärt worden[883]). Gleichgiltig ist, ob das Verbot im eigenen oder fremden Namen ausgebracht wird, daher es geschehen kann durch Procuratoren[884]), durch den Pachter[885]), durch eigene Sclaven oder gedungene Dienstleute[886]). Jedenfalls muß es aber dem Bauenden zu Ohren gekommen sein, da sein Wissen um

---

870) L. 6. §. 1. D. si servitus vindicetur. (8. 5.)
871) L. 7. §. 8. L. 11. §. 1. D. 43. 24.
872) L. 11. §. 2. D. ibid.
873) L. 1. §. 18. D. de operis novi nunciatione. (39. 1.)
874) L. 5. §. 10. D. 39. 1. Vgl. hier besonders Francke a. a. O. Th. 22, S. 362—382.
875) L. 1. §. 9. L. 20. §. 2. D. ibid. Vgl. L. 3. §. 2. D. ibid., die von einer bereits begründeten Interdictklage zu verstehen ist.
876) L. 3. §. 6. D. ibid.
877) L. 3. §. 5. D. ibid.
878) Arg. L. 7. §. 2. D. ibid. Vgl. indeß Hasse a. a. O. Th. 1, S. 11.
879) L. 1. §. 9. D. ibid.
880) L. 20. §. 1. D. ibid.
881) L. 3. §. 1. L. 5. §. 10. D. 39. 1. Vgl. Hasse a. a. O. Th. 1, S. 9 flg.
882) L. 20. §. 1. D. 43. 24.
883) L. 1. §. 6. L. 20. §. 1. D. ibid. L. 6. §. 1. D. si servitus vindicetur. (8. 5.) L. 5. §. 10. D. 39. 1.
884) L. 3. pr. D. ibid. L. 17. pr. D. 39. 1.
885) L. 17. D. 43. 24.
886) L. 3. pr. D. ibid.

das Verbot bei der vis vorausgesetzt wird[887]). Ueber die Art und Weise, wie ihm diese Wissenschaft zukommen solle, schweigen die römischen Rechtsquellen. Einmal wird eine Erklärung vor Zeugen — testatio, denunciatio — erwähnt[888]); wahrscheinlich gelten hier die nämlichen Präsumtionen, wie bei der operis novi nunciatio[889]). Ist das Verbot auch nicht unmittelbar an den Unternehmer des Werkes abgegeben worden, sondern an einen, welcher in seinem Namen bei dem Werke gegenwärtig war, so wird angenommen werden müssen, es sei ihm hinterbracht worden. Für den Successor aber ist jedenfalls Ignorantia zu präsumiren. — Heimlichkeit, welche zum Interdicte berechtigt, liegt nach Ulpian's Entwickelung in allen Fällen vor, in welchen absichtlich eine Veränderung ohne Vorwissen dessen vorgenommen wird, von welchem man Widerstand erwartet oder den Umständen nach hätte erwarten sollen[890]). Natürlich wird diese Heimlichkeit immer in Bezug auf eine bestimmte Person gedacht, die getäuscht werden soll; allein dabei kommt nicht in Frage, ob man sich in der Person täuschte; selbst da, wo man aus Irrthum Widerstand von einer Seite fürchtete, wo er in der That nicht zu erwarten war, liegt rücksichtlich des wirklich Betheiligten Heimlichkeit zu Tage[891]). Vermieden wird der Vorwurf der Heimlichkeit, wenn dem Interessenten, von welchem Widerstand zu erwarten ist, Anzeige von der Veränderung gemacht wird[892]), und diese Anzeige heißt in der Kunstsprache der römischen Juristen: novum opus denuntiare; sie braucht aber nicht gerade an den Interessenten in Person abgegeben zu werden, sondern es genügt im Nothfalle schon, wenn dieß an seinen Procurator, seine Freunde oder seine Familie geschieht[893]); vorausgesetzt wird indeß, daß die Anzeige den Tag, die Stunde, ferner den Ort und die Art und Weise der Veränderung genau angebe[894]), und daß sie zur gehörigen Zeit geschehe, d. h. in einem Augenblicke, wo es dem Gegner noch möglich war, die Prohibition auszubringen[895]); sonst gilt sie als nicht geschehen, und der Vorwurf der Heimlichkeit wird nicht abgewendet. — Das Interdict wird in den römischen Rechtsquellen als Delictklage behandelt[896]). Das Wesen dieses Delictes wird von den römischen Juristen in die unerlaubte Eigenmacht gesetzt, welche auf die wissentliche Nichtachtung fremder Prohibition oder solcher Umstände hinausläuft, aus welchen das Ausbringen der Prohi-

887) L. 1. §. 5 u. 7. D. ibid. Vgl. Hasse a. a. O. Th. 1, S. 10.
888) L. 1. §. 7. D. ibid.
889) Vgl. Hasse a. a. O. Th. 1, S. 11.
890) L. 3. §. 7 u. 8. L. 4. L. 18. §. 1. D. ibid. Vgl. Hasse a. a. O. Th. 1, S. 21 flg.
891) L. 5. §. 5. D. ibid.
892) L. 5. pr. §. 1. 2. 3. 7. L. 3. §. 7. L. 22. §. 2. D. ibid. Vgl. Hasse a. a. O. Th. 1, S. 22.
893) L. 5. §. 2 u. 3. D. ibid.
894) L. 5. §. 1. D. ibid.
895) L. 5. pr. §. 1. D. ibid.
896) L. 1. §. 1 u. 2. D. ibid. Darauf deutet auch der Umstand, daß daraus eine Noxalklage gegeben wird. L. 7. §. 1. L. 11. §. 6. L. 14. D. ibidem.

bition hätte vermuthet werden können[897]). Wahrscheinlich betraf das Interdict besonders solche Anlagen, welche auf fremden Grund und Boden gemacht werden, daher fast immer von einem Prohibitionsrechte des Grundherrn ausgegangen[898]), auch bezeugt wird, daß bei Werken, die auf eigenen Grund und Boden errichtet werden, die operis novi nunciatio eher zum Ziele führe, als die einfache Prohibition[899]). Im letzten Falle mag die Prohibition nur insofern berücksichtigt worden sein, als der Prohibent das Prohibitionsrecht zu erweisen im Stande war, z. B. bei dem Nießbrauche[900]). Zwar hat man nach der allgemein angenommenen Theorie[901]) eingewendet, daß bei allen Bauen, welche unter das Interdict fallen, die Frage nach der Rechtmäßigkeit des Baues und nach der Prohibitionsbefugniß gar nicht erörtert werde[902]); andere haben dagegen die in Frage kommenden Pandektenstellen nur auf solche Baue beziehen wollen, welche auf fremden Grund und Boden aufgeführt werden[903]), weil da die Präsumtion sofort für den prohibirenden Eigenthümer spreche, und jeder, der eine solche Anlage versucht, seine Befugniß dazu erst im Rechtswege darthun müsse[904]). Allein die Sache verhält sich folgendermaßen: das Interdict steht nur dem zu, der ein Interesse erweisen kann, und dieser allein kann aus demselben eine Condemnation erwirken. Im Beweise des Interesses ist natürlich auch der Beweis des ius prohibendi enthalten. Allein rücksichtlich des Ausbringens des Interdictes kommt nach den Worten des prätorischen Edictes nicht das Interesse des Interdicenten in Frage, sondern lediglich der Widerstand gegen die Prohibition; somit bleibt also auch der Beweis der Rechtmäßigkeit der Prohibition bis zum späteren iudicium ausgesetzt. Wird er dann nicht geliefert, so erfolgt gar keine condemnatio; es stellt sich dann rückwärts die früher ergangene Prohibition als eine Injurie gegen den Unternehmer der Anlage heraus. Diese Anlage erscheint rücksichtlich des Prohibenten nicht rechtswidrig, und die Prohibition fällt somit als wirkungslos zusammen. Daraus erklärt sich nun, wie Ulpian, welcher die Verbindlichkeit zur Restitution des alten Zustandes als eine Delictobligation behandelt, im allgemeinen behaupten konnte, daß auf die Rechtmäßigkeit des Baues gar nichts ankomme. Kläger ist nur, wer ein Interesse daran hat, daß die Veränderung nicht vorgenommen werde. Es ist denkbar, daß Mehreren zu

---

897) Am deutlichsten L. 1. §. 1. D. ibid.: Et per hoc (interdictum) occursum est calliditati eorum, qui vi aut clam quaedam moliuntur: iubentur enim ea restituere.

898) L. 11. §. 14. L. 12. D. ibid. Vgl. besonders Francke a. a. O. Bd. 22, S. 362—370.

899) L. 5. §. 10. D. de operis novi nunciat. (39. 1.)

900) L. 13. pr. D. 43. 24.

901) So Donellus, comm. iuris civilis lib. 15. cap. 35. §. 14. 16. Lauterbach, Collegium theoretico-practicum lib. 43. tit. 24. §. 6. Westphal, de libertate et servitutibus praed. §. 427.

902) L. 1. §. 2 u. 3. D. 43. 24.

903) So Francke a. a. O. Bd. 22, S. 365.

904) Arg. L. 3. §. 13. D. de itinere actuque privato. (43. 19.) L. 3. §. 8. D. de rivis. (43. 21.)

gleicher Zeit daran ein verschiedenartiges Interesse zusteht, und dann steht das Interdict jedem Einzelnen selbstständig zu[905]), ja selbst dem Eigenthümer neben dem Fructuar und Pachter[906]). Diese Zuständigkeit entscheidet sich nach dem Zeitpunkte, in welchem die Veränderung vorgenommen ward; wer also das Grundstück, weßhalb ihm das ius prohibendi zusteht, späterhin veräußert, behält das Interdict auch fernerhin, gleichviel, ob er das, was er auf diesem Wege empfängt, herausgeben muß oder nicht[907]). Auf die Erben des Prohibenten geht das Interdict activ über, nicht aber auf die Singularsuccessoren[908]). Beklagt wird der Urheber der Veränderung, einerlei, ob er sie durch eigenes Zuthun hervorgebracht, oder nur intellectueller Auctor ist[909]). Sind Mehrere zusammen bei dem Werke betheiligt, so haftet ein jeder von ihnen nach Analogie der Delictklagen in solidum[910]). Auf die Erben geht die Verpflichtung nur insoweit passiv über, als sie durch das Delict des Verstorbenen reicher geworden sind[911]). Außerdem unterliegt jeder Besitzer des Werkes in einer gewissen Rücksicht, die freilich erst weiter unten entwickelt werden kann, dem Interdicte, einerlei, auf welchem Wege er diesen Besitz erlangt hat[912]). Aus der Handlung eines Sclaven, welcher edictwidrig gehandelt hat, ist gegen den Sclavenherrn eine Noxalklage begründet[913]). Die Obligation, welche dem Interdicte zu Grunde liegt, richtet sich ganz und gar nach den äußeren Formen des Interdictes, welches die Wiederherstellung des alten Zustandes bezweckt[914]); sie zerfällt nach den Ansichten der classischen Juristen in einen positiven und negativen Theil, je nachdem sie gegen den Urheber der Veränderung geltend gemacht wird, oder nicht. Der Urheber der Widerrechtlichkeit ist nämlich verpflichtet, diese Widerrechtlichkeit gänzlich abzustellen; er muß also, wenn er noch im Besitze ist, ihre Folgen wegschaffen, und die Kosten des Wegschaffens tragen, also active Restitution leisten[915]); auch soll er allen Schaden ersetzen, welcher dem Prohibenten durch die Errichtung des Werkes zugefügt worden ist[916]). Ist er nicht mehr im Besitze, so hat er nur die Kosten des Wegschaffens zu tragen[917]). Der Unschuldige, d. h. wer

---

905) L. 11. §. 12. L. 12. L. 13. pr. L. 19. D. ibid.
906) L. 12. D. ibid.
907) L. 11. §. 8—12. D. ibid. Vgl. Hasse a. a. O. Th. 1, S. 28 flg.
908) L. 11. §. 8 u. 9. D. ibid. Vgl. Unterholzner a. a. O. Th. 2, S. 186.
909) L. 5. §. 8. 10. 12—14. D. ibid. L. 13. §. 6 u. 7. D. ibid.
910) L. 13. §. 7. L. 15. §. 2. D. ibid.
911) L. 5. §. 9. L. 15. §. 3. D. ibid.
912) L. 5. §. 13. D. ibid. L. 11. §. 6. L. 13. §. 7. L. 14. L. 15. pr. L. 16. §. 2. D. ibid.
913) L. 7. §. 1. D. ibid. Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 35.
914) L. 1. pr. §. 1. L. 15. §. 7. D. ibid.
915) L. 7. §. 1. L. 14. L. 16. §. 2. D. ibid.
916) L. 15. §. 7 u. 8. L. 11. §. 4. L. 21. §. 3. D. ibid.
917) L. 14. L. 16. §. 2. D. ibid.

juristisch nicht als Urheber des Werkes gilt, ist nur negativ verpflichtet, den Interdicenten gewähren zu lassen, wenn er das Werk zerstören will[918]), und diesem Theile der Verpflichtung unterliegen auch die Erben und sonstigen Universalsuccessoren des Urhebers, insofern sie im Besitze des Werkes sind. Denn der, gegen welchen die Unrechtlichkeit gerichtet war, hat nach dem Inhalte des prätorischen Edictes die Befugniß, ihr Resultat zu tilgen, wie und wo er es findet, und zwar in der Regel auf eigene Kosten, wofern der Beklagte nicht Urheber des Werkes ist; denn sonst hat dieser die Kosten der Restitution zu tragen. Erfolgt diese nicht in der angegebenen Weise, so findet die Condemnation auf das Interesse des Klägers statt, welches auf dem Wege des iusiurandum in litem, oder, wenn dieser Eid nicht möglich ist, durch richterliche Abschätzung festgestellt wird[919]), und dabei kommt natürlich nicht blos die Beeinträchtigung in Betracht, welche der Kläger durch das rechtswidrige Verfahren unmittelbar erfahren hat, sondern es wird auch der Schaden berücksichtigt, welcher daraus mittelbar sich ergibt, d. h. der erst in Veranlassung jener Widerrechtlichkeit von außen her hinzugetreten ist[920]). Unmöglichkeit der Restitution befreit nicht, am wenigsten, wenn sie dolo malo herbeigeführt ist[921]); selbst einfache Verschuldung wird berücksichtigt, sofern sie nur der Richter für beachtungswerth erklärt[922]).

In Rücksicht der Exceptionen, welche dem Interdicenten entgegenstehen, wird der Grundsatz geltend gemacht, daß Einreden soviel wie möglich abgeschnitten werden sollen. Dieß nun gilt namentlich von solchen, welche sich auf die Rechtmäßigkeit des Baues beziehen, also auf ein Recht stützen, das dem ius civile angehört[923]). Zugelassen wird nur a) die Einrede der Verjährung[924]). Die Dauer des Interdictes ist nämlich nur auf Ein Jahr bestimmt, welches in der Regel von der Vollendung des Werkes oder, falls es nicht vollendet worden, von der letzten Bauhandlung an gerechnet wird[925]). Ist der Kläger in Staatsangelegenheiten abwesend, so läuft das Jahr erst von dem Augenblicke der Rückkehr an[926]). Kann der Interdicent einen triftigen Grund für seine Unbekanntschaft mit dem Vorgange beibringen, so wird ebenfalls nach richterlichem Ermessen die Verjährung aufgehoben, freilich nach vorhergehender causae cognitio[927]). Dieß ist z. B. der Fall, wenn die Anlage an einem Orte vorkam, wo man selten hinkam, oder im Verbor-

918) L. 11. §. 6. L. 13. §. 7. L. 14. L. 15. pr. §. 1. L. 16. §. 2. D. ibid. Die römischen Juristen drücken diesen Theil der Verpflichtung mit den Worten aus: patientiam debere, patientiam praestare, pati opus tolli.

919) L. 11. §. 4. L. 15. §. 7 u. 9. D. ibid.

920) L. 15. §. 7 u. 8. L. 11. §. 4. L. 21. §. 3. D. ibid.

921) L. 15. §. 10. D. ibid.

922) L. 15. §. 11. D. ibid.

923) L. 1. §. 3. D. ibid.

924) L. 15. §. 3. 5. D. ibid.

925) L. 15. §. 4. D. ibid.

926) L. 15. §. 6. D. ibid.

927) L. 15. §. 5. D. ibid.

genen unter der Erde und dem Wasser. b) Die exceptio pacti aus späterer Erlaubniß des Prohibenten[928]). Wahrscheinlich bezieht sie sich nur auf den Fall, wenn diese Erlaubniß nach dem redditum interdictum ertheilt wird, weil sonst von vi facere gar nicht die Rede sein konnte[929]). c) Die exceptio quod incendii defendendi causa factum non sit, d. h. wenn ein Gebäude zur Abwehr einer Feuersbrunst niedergerissen wird. Celsus bezweifelte im allgemeinen ihre Zulässigkeit, doch hat sie Servius und Ulpian wenigstens dann zugelassen, wenn das fremde Haus auf obrigkeitlichen Befehl niedergerissen ward[930]). Wegen Handlungen von Privaten ist die Einrede nicht zuständig. d) Die Einrede der Klagenconsumtion. Sie gilt für den Fall, daß der Interdicent den Zweck des Interdictes bereits durch eine andere Klage erreicht hat, und auf diesem Wege vollständig befriedigt ist[931]). e) Die Einrede der vitiosa possessio, welche dadurch entsteht, daß, wer das Interdict ausbringt, im Verhältnisse zu dem Gegner früherhin rücksichtlich derselben Sache vi, clam gehandelt oder aber von ihm bittweise die Erlaubniß, ein solches Werk zu errichten, erhalten hat[932]) (si non vi nec clam nec precario feceris). Aus allen diesen Gründen wurden nämlich dem Beklagten besondere Interdictklagen gestattet, und so hat man zwei Interdictprozesse, welche unter den nämlichen Personen in Hinsicht auf dieselbe Sache vorkommen, der Kürze halber in Einen vereint, und den Besitzstand zu erhalten gesucht, wie es der Fall gewesen sein würde, wenn der Beklagte in einem besonderen Prozesse das Interdict gegen den Kläger ausgebracht hätte. Wer diese Einrede auf die Gegenseitigkeit des Delictes stützt[933]), muß zu dem Resultate kommen, daß sie nur im Falle der violenta und clandestina possessio zusteht; er müßte also, wie es wohl geschehen ist, die Worte nec precario in L. 22. §. 2. D. 43. 24. gegen das Zeugniß der Handschriften streichen, oder aber annehmen, daß sie durch ein reines Versehen der Pandektencompilatoren hereingekommen wären.

Heimbach.

Interdictum quorum bonorum[1]) heißt das interdictum adipiscendae possessionis, welches durch das prätorische Edict demjenigen, der bonorum possessio agnoscirt hatte, gegeben wurde, um sich in den Besitz der Nachlaßgegenstände zu setzen[2]). Es hat seinen Namen

---

928) L. 3. §. 2. L. 1. §. 9. L. 20. §. 2. D. ibid.
929) Nach der Begriffsentwickelung von Ulpian (L. 1. §. 9. D. 43. 24.) und Paullus (L. 20. §. 2. D. ibid.)
930) L. 7. §. 4. D. ibid.
931) L. 15. §. 12. D. ibid.
932) L. 7. §. 3. L. 22. §. 2. D. ibid. Vgl. Hasse a. a. O. Th. 1, S. 41.
933) So Hasse a. a. O. S. 41.
1) Dig. quorum bonorum. (43. 2.) Cod. 8. 2. Cf. Theod. Cod. 4. 21.
2) §. 3. J. de interdictis. (4. 15.) Cai. IV. 144. cf. III. 34. Vgl. dieses Werk Bd. II, S. 306 flg.

von den Anfangsworten der im Edicte aufgestellten Interdictsformel, welche nach L. 1. D. h. t. also lautete: Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quodque[3]) dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas. Zu den Voraussetzungen des Interdictes gehört demnach vor allem dieses, daß der Kläger wirklich bonorum possessio auf gehörige Weise und innerhalb der zuständigen Frist erlangt habe. Zwar ist es früher herrschende Meinung gewesen, die auch jetzt noch von Manchen vertheidigt wird[4]), daß nach neuerem römischen Rechte dieses Erforderniß weggefallen sei und der Civilerbe schon als solcher des Interdictes sich bedienen könne, ohne die bonorum possessio, zu der er berechtigt wäre, agnoscirt zu haben. Allein diese Meinung steht mit den angeführten Stellen des Justinianischen Rechtes im Widerspruche, und wird auch durch L. 1. C. h. t., welche man zum Beweise dafür anführt, keineswegs begründet[5]). Denn hier ist die Agnition der bonorum possessio als geschehen vorausgesetzt, und so können die folgenden Worte: vel ad hereditatem vel ad bonorum possessionem admissum, keinen anderen Sinn haben, als: berechtigt entweder als Suus zur Civilerbfolge (wo dann in diesem Falle immer auch die Berechtigung zur bonorum possessio sich von selbst verstand), oder als Emancipatus (nur) zur prätorischen Erbfolge[6]). Auch ist es an sich keineswegs wahrscheinlich, daß man den Civilerben, wenn er sich des Interdictes bedienen wollte, von der Nothwendigkeit der Agnition der bonorum possessio dispensirte, da noch zu Justinians Zeit, ehe dieser seine bedeutenden Novellen erließ, die Ordnung der Civilerbfolge von der Ordnung der bonorum possessio so wesentlich abwich, daß jene

---

3) Diese durch Vulgathandschriften beglaubigte Lesart ist der Florentinischen quod quidem unbedenklich vorzuziehen. Vgl. v. Savigny, in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. V. S. 12.

4) Thibaut, im Arch. für civ. Prax. Bd. X, S. 457. Mayer, Erbr. I. S. 417 flg.

5) Quamvis enim bonorum possessionem ut praeteritus agnovisti, tamen interdicto quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris.

6) Löhr, im Arch. X. S. 99, Note 52. Vangerow, Pand. §. 509, Anm. 2. Vgl. Koch, bonorum possessio §. 29. Göschen, Civilrecht §. 988. Mayer, a. a. O., glaubt, die Worte ad hereditatem seien interpolirt, um anzudeuten, daß es auf die Agnition der bonorum possessio jetzt nicht mehr ankomme. Er hat aber nicht überlegt, wie unglaublich ungeschickt jene Interpolation wäre, um diesen Sinn auszudrücken. Denn, da die Agnition der bon. poss. als geschehen vorausgesetzt wird, so kann sich der noch erforderte Beweis nur auf die rechtlich gegründete Berufung zur Erbfolge beziehen, und so ergäbe sich, daß auch derjenige, qui ad bonorum possessionem se admissum probaverit, der Agnition nicht bedürfte, wenn es nicht ein offenbarer logischer Schnitzer wäre, aus L. 1. cit. argumento a contrario diesen Satz abzuleiten: si te ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris, i. q. b. possessor constitui poteris, quamvis bonorum possessionem non agnoveris.

Aenderung eher Verwirrung als Einheit in das ganze System der Erbfolge zu bringen geeignet gewesen wäre, und insbesondere auch der Mangel einer gesetzlichen Antretungsfrist der Civilerbschaft gewiß nicht bestimmen konnte, den Civilerben auch noch von der Beobachtung der Agnitionsfrist zu entbinden, ohne ihn des besonderen Rechtes des bonorum possessor verlustig zu machen.

Aber es genügt nicht blos die Nachweisung der formell geschehenen Agnition; der Kläger muß auch, um mit dem Interdicte zu siegen, sein Recht zu der bonorum possessio darthun[7]).

Das Interdict ist gerichtet gegen Jeden, welcher Sachen der Erbschaft entweder als angeblicher Erbe oder ohne allen Rechtsgrund besitzt, so wie gegen dieselben Personen auch die hereditatis petitio stattfindet[8]). Auch bleibt derjenige, welcher arglistiger Weise sich des Besitzes entäußert hat, nicht minder hier wie dort dem Kläger verantwortlich, gleich als ob er noch wirklich besäße[9]). Ob es auch gegen denjenigen wirksam sei, welcher sich arglistig, als besitze er, auf den Streit einläßt, hat man zwar bezweifelt, weil es in den Quellen nicht ausdrücklich gesagt wird[10]); gleichwohl aber muß dieß bejaht werden, da es als allgemeine Regel anerkannt ist: omnem qui se offert petitioni quasi possidentem teneri[11]). Dagegen ist das Interdict rücksichtlich seines Gegenstandes in der Beziehung beschränkter als die hereditatis petitio, daß es nur gegen (wahre oder fingirte) Besitzer von Erbschaftsachen stattfindet, nicht auch gegen diejenigen, welche irgend andere Vortheile der Erbschaft inne haben (iuris possessores). Zwar wird diese Beschränkung von manchen Rechtsgelehrten geleugnet, weil L. 1. §. 1. D. h. t. aussagt, hoc interdictum ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinere[12]); allein L. 2. ibid. sagt mit aller Bestimmtheit, daß nur die Besitzer der körperlichen Sachen der Erbschaft mit demselben belangt werden können[13]), und entsprechend bezeichnet L. 3. C. h. t. den Erfolg desselben dahin, ut in petitorem corpora transferantur; es muß also jener Ausdruck in L. 1. §. 1. cit. nur auf die Gesammtmasse der zur Erbschaft gehörigen im Besitze des Beklagten befindlichen körperlichen Sachen bezogen werden[14]).

Die Wirkung des Interdictes, wenn der Kläger siegt, besteht darin, daß sofort der Besitz aller Erbschaftssachen, welche der Beklagte hat, jenem

---

7) L. 1. C. cit.

8) L. 1. D. h. t. §. 3. J. l. c. Vgl. den Art. hereditatis petitio Note 14.

9) L. 1. D. cit.: Quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere. L. 2. C. h. t.

10) Löhr a. a. O. S. 100, Note 56.

11) L. 13. §. 13. D. de her. pet. (5. 3.) Et videndum, si non possidens obtulerit tamen se petitioni, an teneatur? Et Celsus scribit, ex dolo eum teneri; dolo enim facere eum, qui se offert petitioni. Quam sententiam generaliter Marcellus apud Julianum probat, omnem etc.

12) Fabricius, im rhein. Mus. IV. S. 204—208. Mühlenbruch, Lehrb. §. 717, Note 5.

13) Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores.

14) Vgl. Löhr a. a. O. S. 100. Vangerow a. a. O. S. 370, 375.

eingeräumt werden muß, in Ansehung derjenigen aber, für welche der Beklagte, obgleich er nicht wirklich besitzt, doch haftet, als ob er besitze, Ersatz zu leisten ist[15]). Und zwar kann dabei dem Kläger auch der Besitz derjenigen Sachen nicht vorenthalten werden, deren Eigenthum zwar der Beklagte aus irgend einem speciellen Erwerbgrunde sich beilegt, die aber vom Erblasser bis zu seinem Tode besessen und dann vom Beklagten in Besitz genommen worden sind; der letzte mag dieselben, nachdem er vorerst den anmaßlich erworbenen Besitz aufgegeben hat, vindiciren[16]). Auch die vollendete usucapio pro herede einzelner Erbschaftssachen kann der Beklagte nicht geltend machen, um sich von deren Restitution zu befreien, indem dieses, wie bei der hereditatis petitio durch den bekannten Hadrianischen Senatsbeschluß, so bei dem Interdictum durch einen besonderen Zusatz in der Interdictsformel ausgeschlossen ist[17]).

Schließlich ist nun noch die Frage zu beantworten, in welchem Verhältnisse dieses Interdictum zu der ordentlichen Erbschaftsklage stehe? Darüber sind die Meinungen unserer Rechtsgelehrten, so viel das römische Recht betrifft, sehr abweichend von einander. Nach einer Meinung war das Interdictum materiell eigentlich nicht verschieden von der hereditatis petitio; der wesentliche Unterschied bestand nur in der formellen Eigenthümlichkeit des Interdictverfahrens; wäre die hereditatis petitio possessoria früher aufgestellt worden, so würde man des Interdictes gar nicht bedurft haben; jetzt ließ man es nur als einmal hergebrachte Klageform neben jener bestehen; es war aber, seitdem das Eigenthümliche des Interdictverfahrens verschwunden, in der That nur ein anderer Name für die possessoria hereditatis petitio[18]); ja, ein Anhänger dieser Ansicht hat sogar die Kühnheit gehabt, diese letzte für eine verkehrte Erfindung der Justinianischen Compilatoren zu erklären[19]). Nach einer anderen Ansicht war das Interdict ein eigenes summarisches und provisorisches Rechtsmittel; es hatte keinen anderen Zweck als den, recht bald dem Erben den Besitz der Erbschaftsachen zu verschaffen; es erzielte aber nicht definitive Entscheidung über das Erbrecht des Klägers; vielmehr konnte der Erfolg des Interdictprozesses noch durch die hereditatis petitio (civilis oder possessoria) der Gegenpartei angefochten werden[20]).

---

15) L. 8. C. h. t. Vgl. Note 9.

16) L. 8. C. cit. Omnibus frustrationibus amputatis in petitorem corpora transferantur, secunda proprietatis actione non exclusa. Vgl. Francke, Recht der Notherben S. 99 flg. Fabricius a. a. O. S. 171—174. Arndts, Beiträge I. S. 33—46.

17) L. 1. D. h. t.: Possideresve si nihil usucaptum esset. Ueber die Auslegung dieser Worte vgl. v. Savigny a. a. O. S. 22, 23. Arndts, im rhein. Mus. II. S. 35—37, und a. a. O. S. 88—93, S. auch den Art. hereditatis petitio a. E.

18) v. Savigny, in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. Bd. V, S. 18 flg., Bd. VI, S. 229 flg. Fabricius a. a. O. S. 204 flg., und histor. Forschungen I. S. 197—202.

19) Fabricius a. a. O. Vgl. dagegen Arndts a. a. O. S. 51—59.

20) Thibaut, im Arch. für civ. Prax. X. S. 23. Löhr, das. XII. S. 6. Francke a. a. O. S. 97—106. Mayer, Erbr. I. S. 401—417. Vangerow, Pand. §. 509.

Um nun auch unsere Ansicht darüber zu äußern, so kann zwar zugegeben werden, daß das Bedürfniß vielleicht zu dem Interdicte nicht geführt haben würde, wenn man gleich Anfangs die possessoria hereditatis petitio aufgestellt hätte; eine völlige wesentliche Gleichheit beider ist aber schon deßhalb unwahrscheinlich, weil nicht nur im älteren Rechte eine Nützlichkeit des Interdictes auch für den Civilerben vorausgesetzt wird[21]), sondern auch die neueren Rechtssammlungen noch eigene Titel darüber aufgenommen und späte Kaiser noch Constitutionen darüber erlassen haben[22]). Auch wird der Unterschied, daß das Interdict sich nur auf die körperlichen Erbschaftsachen beziehe, in den Justinianischen Rechtsquellen ganz bestimmt hervorgehoben[23]). Man kann ferner nicht verkennen, daß bei dem Interdictum eine größere Beschleunigung des Prozesses beabsichtigt war, als sie bei dem ordentlichen Erbschaftsstreite stattzufinden pflegte[24]), so daß man dasselbe immerhin wohl ein summarisches Rechtsmittel nennen mag, wie im Grunde auch der Hauptvertreter der ersten Ansicht jetzt einräumt, wenn gleich die Natur dieses summarischen Verfahrens nach späterem römischen Prozeßrechte nicht näher zu bestimmen und dasselbe auch nichts den Interdicten ausschließlich Eigenthümliches ist[25]). Bedenklicher ist es dagegen, das Interdict schlechthin als ein blos provisorisches Rechtsmittel zu bezeichnen. Allerdings konnte die Partei, die im Interdictsprozesse unterlegen war, sei es Kläger oder Beklagter, nachher noch der civilis hereditatis petitio mit Erfolg sich bedienen, wenn die bonorum possessio des Gegners nicht eine solche war, die auch gegen das Civilerbrecht anderer Personen geschützt wurde (b. p. cum re)[26]). Auch ist es wohl möglich, daß unter denselben Parteien, welche zuerst im Interdictsprozesse gestritten, nachher noch eine possessoria hereditatis petitio stattgefunden habe, insofern die letzte sich auf andere Gegenstände bezieht, als das Interdictum[27]). Sollte aber das Interdict im vollen Sinne des Wortes ein provisorisches Rechtsmittel sein, so müßte angenommen werden, daß auch die im Interdictsprozesse wirklich gefällte Entscheidung ihrem Inhalte nach durch die ordentliche Klage noch angefochten werden konnte, und dieses läßt sich für das römische Recht nicht beweisen[28]). Vielmehr wird zur Begründung des Interdictes

---

21) Cai. III. 34. Vgl. Collat. XVI. cap. 3. §. 5., wo schon Löhr, a. a. O. S. 99, Note 51, die richtige Lesart erkannt hat: bonorum possessio nisi propter praetoriam actionem non est necessaria. Vgl. Richter's krit. Jahrb. für Rechtsw. Bd. IV, S. 17.

22) L. 2. 3. C. h. t.

23) Vgl. Note 13.

24) L. 22. Th. Cod. quor. app. non recip. (11. 36.): Beneficio celeritatis inventum.

25) v. Savigny, in der Zeitschr. Bd. VI, S. 241—259. Vgl. Bethmann-Hollweg, Handb. des Proz. I. S. 390 flg.

26) Vangerow a. a. O. S. 374 a. E.

27) Löhr a. a. O. S. 101 flg.

28) Vgl. v. Savigny, Zeitschr. Bd. VI, S. 259 flg. — Das scheinbarste Argument dafür ist dieses, daß nach dem Theodos. Coder bei dem interdictum quorum bon. die Appellation nicht gestattet war, was bei einer defini-

Beweis, nicht blos Bescheinigung, des Rechtes zur bonorum possessio, nicht blos der formellen Agnition derselben, erfordert[29]). Dieß aber und nichts anderes ist es, was auch bei der possessoria hereditatis petitio bewiesen werden muß; und wenn nun dort einmal der Beweis für genügend erbracht, also durch das richterliche Urtheil der Kläger für den prätorischen Erben anerkannt worden, so konnte nach den Grundsätzen über die Wirkung des rechtskräftigen Urtheiles diese Entscheidung nicht mittels der hereditatis petitio wieder in Streit gezogen werden[30]).

Welche Ansicht jedoch für das römische Recht als die richtige angenommen werden möge: für unser heutiges Recht ist die Frage jedenfalls durch die Praxis entschieden. Nach dieser ist das interdictum quorum bonorum durchaus nur ein provisorisches summarisches Rechtsmittel, durch welches derjenige, welcher sein Recht auf die Erbschaft wenigstens bescheinigt, einstweilen den Besitz der zum Nachlaß gehörenden Sachen sich verschaffen kann, so daß also dann der Gegenpartei immer noch frei steht, ihr besseres Recht durch die ordentliche Erbschaftsklage (in petitorio) geltend zu machen[31]).

Arndts.

Interdictum Salvianum[1]) heißt das Interdict, welches dem Verpachter eines Landgrundstückes gegeben wird, um den Besitz der Sachen des Pachters zu erlangen, welche dieser für die Abzahlung des Pachtgeldes ausdrücklich verpfändet hat. Die Voraussetzungen, unter welchen das Interdict zusteht, sind 1) die Verpachtung eines Landgrundstückes zum Zwecke der Fruchtnutzung. Dieß ergibt sich aus der Darstellung der

---

tiven Entscheidung über das Erbrecht allerdings sehr auffallend wäre. Francke a. a. O. S. 103. Aber dieß Argument verliert einen guten Theil seiner Bedeutung dadurch, daß L. 22. Th. Cod. cit. im Justinianischen Rechte keine Aufnahme gefunden hat.

29) Vgl. Note 6, 7. So erkennen auch Löhr a. a. O. S. 106 und Vangerow a. a. O. S. 374 an. And. Mein. ist Mayer a. a. O. S. 409.

30) v. Savigny a. a. O. Bd. VI, S. 266.

31) Vgl. Thibaut a. a. O. v. Savigny a. a. O. S. 265. Puchta, Pand. §. 510 und Andere.

1) Literatur: de Retes, de interdictis et remediis possessoriis pars I. nr. V. §. 34—43. im thesaurus iuris ed. Meermann tom. VII. p. 504—506.; Thibaut, über das Salvianische Interdict, im Archive für civilistische Praxis Bd. 11, Nr. 7, S. 123—144; Zimmern, in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 1, S. 54—56; derselbe, noch ein Wort über das Salvianische Interdict, im Archive Bd. 11, Nr. 15, S. 345—356; besonders aber Huschke, über das Salvianische Interdict, in dessen Studien des römischen Rechtes Nr. 4, S. 337—400; Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 133—140. — Einiges wird berührt von Sintenis, Handbuch des Pfandrechtes §. 60, S. 580—592; auch von Vangerow, Leitfaden für Pandektenvorlesungen Bd. 1, Abth. 2, S. 818—822; Puchta, Cursus der Institutionen Th. 2, S. 727—730. — Daß das Rechtsmittel wahrscheinlich von dem, welcher es eingeführt, seinen Namen hat, zeigt die Analogie anderer Klagen. Daß aber der bekannte Jurist Salvius Julianus dessen Urheber sei, ist eine aus der Luft gegriffene, jetzt allgemein aufgegebene Behauptung. Vgl. Bynkershoek, observationes iuris Romani lib. 1. cap. 24. und Huschke a. a. O. S. 340.

Sache bei Cajus[2]) und in den Justinianischen Institutionen[3]), wo auf der einen Seite vom dominus fundi, auf der anderen vom colonus und von den mercedes fundi die Rede ist; auch stimmt dazu der wahrscheinliche Einführungszweck, dessen Eigenthümlichkeit lediglich bei den Landgrundstücken hervortritt. 2) Die ausdrückliche Verpfändung der Sachen von Seiten des Pachters für die Abzahlung des Pachtgeldes. Dieses Erforderniß, welches in den angeführten Stellen ausdrücklich hervorgehoben[4]), auch in den Justinianischen Pandekten vorausgesetzt wird[5]), scheint zu ergeben, daß das Interdict aus einem stillschweigenden Pfandrechte nicht entsteht. 3) Die verpfändete Sache muß zu den Sachen gehören, welche der Pachter in Rücksicht auf jenen Pachtcontract auf das Grundstück gebracht hat[6]). Zwar nennt Cajus und aus ihm die Justinianischen Institutionen ausdrücklich res coloni ohne weiteren Zusatz, allein schon der alte Institutionenerklärer Theophilus[7]) erklärt den Ausdruck von den invecta und illata des Pachters; auch bestätigen dieß die Fragmente Julian's[8]) und Ulpian's[9]), welche von ducere, inducere, inferre sprechen, und als Beispiel wird die von dem Pachter in das Grundstück gebrachte Sclavin genannt[10]). Diesen invecta und illata ward juristisch der partus ancillae gleichgesetzt[11]); ob auch die aus der Pfandsache gezogenen Früchte dem Interdicte unterworfen waren, wird in den römischen Rechtsquellen nicht hervorgehoben, scheint also nach den allgemeinen Regeln von der Haftung der Nebensachen zu entscheiden. Der Zweck des Interdictes ist, dem Verpachter zum Besitze der ihm verpfändeten Sachen zu verhelfen; es wird adipiscendae possessionis genannt[12]), und deßhalb erscheint es unanwendbar, wenn der Verpachter den Besitz dieser Sachen bereits erhalten, später aber wieder verloren hatte. Es muß demnach wohl ursprünglich für einen Fall eingeführt worden sein, in welchem der Besitz der Pfandsache dem Pfandgläubiger der Natur der Sache nach nicht von Anfang an eingeräumt werden konnte, und zu einer Zeit, in welcher das eigenthümliche Recht der Verpfändung sich noch nicht vom Besitze der Sache unabhängig gemacht und den Schutz einer dinglichen Klage erlangt hatte. Beides trifft zu, wenn wir annehmen, daß es sich lediglich auf die invecta und illata des Pachters beschränkte, die schon im 6. Jahrh. der Stadt für den Pachtzins der praedia rustica verpfändet

---

2) Inst. IV. §. 147.
3) §. 3. J. de interdictis. (4. 15.)
4) Vb. pepigisset.
5) Darauf gehen die Ausdrücke pignoris nomine intulerit, oder induxerit in L. 1. §. 1 u. 2. D. de Salviano interdicto (43. 23.) bei Julianus.
6) Vgl. hier namentlich Huschke a. a. O. S. 366 flg.
7) Paraphr. inst. l. c. τὰ εἰσαγόμενα ὑπ' αὐτοῦ. Vgl. hier Huschke a. a. O. S. 366.
8) L. 1. pr. §. 1 u. 2. D. ibid.
9) L. 2. D. ibid.
10) L. 1. pr. D. ibid.
11) Ibidem. Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 139.
12) Caius, inst. IV. §. 147. L. 2. §. 3. D. 43. 1. §. 3. J. 4. 15. ibique Theoph.

wurden[13]), gleichwohl aber bei der Illation nicht in den Besitz des Verpachters übergingen, und dann würden wir in dem Interdicte die ersten Spuren eines Schutzes zu erkennen haben, welchen die vertragsweise vorgenommene Verpfändung auch ohne Uebergabe des Besitzes an den Gläubiger in dem prätorischen Edicte gefunden hat[14]). Daß hier die illata der praedia rustica besonders ausgezeichnet wurden, beruht wohl auf dem Umstande, daß bei diesen principaliter nicht von einem geschlossenen, zur Aufbewahrung von Sachen dienenden Raume die Rede ist, welcher bei den praedia urbana die Anwendung der Selbsthilfe, der Absperrung möglich macht[15]). Jedenfalls hängt die Einführung des Rechtsmittels mit dem Ideenkreise zusammen, welcher auch das interdictum de migrando veranlaßt hat. Fragen wir, wem und gegen wen das Interdict zusteht, so treten uns hier lauter Controversen entgegen, aus denen die wesentlichen Punkte hier hervorgehoben werden sollen. In Rücksicht der ersten Frage ist es nun wohl ganz unbezweifelt, daß es dem Verpachter des Landgrundstückes recht eigentlich und hauptsächlich zusteht, auch sagen dieß die Rechtsquellen ganz deutlich[16]); allein manche neuere Rechtslehrer gehen noch weiter und gestatten es auch außerdem jedem Pfandgläubiger, welchem vertragsweise ein Pfandrecht ohne Besitzübergabe eingeräumt worden ist, wenigstens als interdictum utile[17]). Die einzige Stütze dieser Ausdehnung findet sich in der westgothischen Interpretation von Paulus, sent. recept. V. 6. § 16., die aber offenbar das Fragment des Schriftstellers mißverstanden hat, was einen ganz anderen Sinn ergibt, nämlich den, daß, wenn ein Pachter wegen Abzahlung des Miethzinses im Pachtbriefe sein ganzes Vermögen verpfändet hat, dieß nicht hinreicht, um das Interdict wegen aller inferirten Sachen zu begründen. Zwar hat man sich auch auf L. 1. C. de precario (8. 9.) berufen, allein hier sind die Worte: adversus conductorem debitoremve, entweder copulativ zu nehmen, so daß sie den Pachter bezeichnen, insofern er den Miethzins noch nicht berichtigt hat[18]), oder aber ist debitoremve als Glossem zu betrachten, welches auf folgendem Wege entstanden scheint[19]). Im allgemeinen spricht die Constitution von dem Falle, wenn der Schuldner das Pfand verkauft hat. Dieser Schuldner wird im Anfange des Gesetzes geradezu debitor tuus genannt. Sagte nun der Zwischensatz auf

13) Cato de re rustica 146. 149. Vgl. Puchta, Cursus der Institutionen Th. 2, S. 727.

14) Vgl. Puchta a. a. O. Th. 2, S. 727.

15) Vgl. Huschke a. a. O. S. 345 flg.

16) Caius, inst. IV. §. 187. §. 3. J. 4. 15. ibique Theoph.

17) Vgl. hier Huschke a. a. O. S. 353—357. Die vorzüglichsten Gewährsmänner dieser Ansicht sind Cuiacius, in notis ad Paulli sent. rec. V. 6. §. 16. in Schulting, Jurisprudentia anteiustinianea p. 464., und Thibaut, im Archive für civilistische Praxis Bd. 11, S. 128.

18) So erklärt die Stelle Huschke a. a. O. S. 359.

19) Dieser Ausweg scheint sich mehr zu empfehlen, als die gewaltsame Emendation des Donellus: adversus conductoris rem debitorisve, gegen welche sich schon Thibaut, a. a. O. Bd. 11, S. 157 flg., mit treffenden Gründen erklärt hat.

unzweideutige Weise, daß das Salvianische Interdict nur gegen den Conductor zustehe, so war es natürlich, daß man diesen Ausdruck in Beziehung auf jenes frühere debitor tuus erklärte, und also debitorem über die Linie setzte, was in der Glossatorenrecension durch ve mit dem Texte in Verbindung gebracht worden ist. Ein Argument für diese Ansicht geben die Basilika[20]) an die Hand, welche aus dieser Constitution den Rechtssatz ableiten, daß das Salvianische Interdict nur gegen Sachen des Conductor brauchbar sei, während anderen Pfandgläubigern die Serviana und quasi Serviana zur Verfolgung ihres Pfandrechtes zusteht; daraus wird klar, daß die orientalische Codexrecension debitoremve gar nicht vorgefunden hat; denn jener Sinn kommt nur dann aus der Constitution heraus, wenn man sich das Wort hinwegdenkt. Demnach scheint die Beschränkung des Interdictes auf den Fall, für welchen es ursprünglich eingeführt war, auch für das Justinianische Recht keinem gegründeten Zweifel zu unterliegen. Eine weitere Voraussetzung des Interdictes ist 4), daß der Kläger Pfandgläubiger der ganzen Sachen sei; daher kommt das Interdict in Wegfall, wenn nicht die ganze Sache, sondern nur ein Bruchtheil derselben verpfändet ist; und das kann nicht blos so vorkommen, daß seinem Mitgläubiger der übrige Theil ausdrücklich verpfändet wird[21]), sondern tritt auch dann ein, wenn der Verpfänder nur zu jenem Bruchtheile Eigenthümer ist[22]). Der Grund dieser Eigenthümlichkeit, welcher der gewöhnlichen Pfandklage — der Serviana und quasi — nicht beiwohnt[23]), liegt wohl in der Verschiedenheit der Grundlagen dieser Rechtsmittel. Denn während die Pfandklage auf das Pfandrecht, welches auch bei ideellen Theilen einer Sache eintreten kann, gestützt wird, entspringt das Interdict nicht sowohl aus dem Pfandrechte selbst, sondern vielmehr aus den diese Obligation begleitenden Umständen, indem, was diesem Rechte unterliegt, seiner ganzen factischen Existenz nach durch den pachtweise eingeräumten Aufenthaltsort bedingt ist, also auch nur im Ganzen, nicht zum Theile dem Interdicte unterliegen kann[24]). — In Rücksicht der anderen Frage, d. h. gegen wen das Interdict zusteht, erhalten wir aus dem Zeugnisse des Theophilus[25]), daß es nicht blos gegen den Pachter selbst, sondern auch gegen alle dritten Besitzer jener, für den Miethzins verpfändeten invecta und illata ging. Diesem Ergebnisse zu mißtrauen liegt aber um so weniger Grund vor, als dasselbe einestheils durch die Analogie anderer interdicta adipiscendae possessionis un-

---

20) Ed. Heimbach III. p. 72. ὁ μὲν μισθώσας ἔχει ἀγωγὴν τοῦ παραγγέλματος Σαλβιανοῦ κατὰ τῶν ὑποκειμένων αὐτῷ πραγμάτων τοῦ μισθωτοῦ.

21) L. 1. §. 1. D. ibid. L. 2. D. ibid.

22) L. 1. §. 2. D. ibid.

23) L. 10. u. L. 16. §. 8. D. de pignoribus et hypoth. (20. 1.)

24) So Huschke a. a. O. S. 374 flg.

25) Paraphr. inst. IV. 15. §. 3. ἐὰν γὰρ ἀγνωμονήσῃ, κατὰ παντὸς κατέχοντος τὰ τοῦ κολωνοῦ πράγματα κινηθήσεται τὸ σαλβιάνειον ἰντέρδικτον. Am vollständigsten ist hier Huschke a. a. O. S. 381, und Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 139, Note a.

terstützt wird, anderentheils auch die Pandektenstellen, welche dieß Interdict ex professo behandeln, dieser Ansicht nicht widersprechen. Wenigstens gestattet Julian das utile interdictum wegen des partus einer verpfändeten Sclavin, welcher nach dem Verkaufe derselben im Gewahrsam des Käufers zur Welt kommt[26]), auch läßt er das directum gegen den Mitpfandgläubiger und gegen extranei zu[27]), womit im Gegensatze des Mitpfandgläubigers eben so gut der Pfandschuldner und dessen Erbe, als der dritte Besitzer des Pfandes gemeint sein kann. Nimmt man freilich, wie es jüngst geschehen ist, die Analogie des Precarium zu Hilfe[28]), so würde es consequent sein, das Interdict nur gegen den Pachter und dessen Erben zuzulassen, und dann möchten nur diese mit dem Ausdrucke Julians bezeichnet worden sein. Daß man dabei Gewicht auf die Worte: id enim (interdictum Salvianum) tantummodo adversus conductorem competit in L. 1. C. 8. 9. gelegt hat, welche diese Ansicht um so mehr zu bestätigen scheinen, als sie den Pfandschuldner im Gegensatze dessen erwähnen, welcher ihm die verpfändete Sache abgekauft hat, ist ganz natürlich; auch würde sich von diesem Standpunkte aus leicht erklären, weßhalb Julian wegen des partus ancillae, welcher bei dem Käufer zur Welt gekommen ist, das utile interdictum gegeben habe, da auch bei dem Precarium der Grundsatz gilt, daß der partus der bittweise übergebenen Mutter ebenfalls bittweise besessen würde[29]). Mag man aber der einen oder der anderen Ansicht zugethan sein, immerhin wird das Interdict nur unter der Voraussetzung stattfinden können, daß der Beklagte die verpfändeten invecta und illata besitzt, und wenn man ziemlich allgemein[30]) diesem Falle das dolose Aufgeben des Besitzes gleichgestellt hat, so hat dieß zwar kein ausdrückliches Quellenzeugniß, wohl aber die Analogie anderer Interdicte für sich, namentlich die des quorum bonorum und de precario u. s. w. — Zuletzt ist noch zu untersuchen, was durch das Interdict erreicht wird. Hier nun liegt es schon in seiner Natur als interdictum adipiscendae possessionis, daß von definitiver Ausantwortung der verpfändeten illata sammt deren Accessionen an den Kläger die Rede ist; wahrscheinlich ging auch hier die Interdictformel auf restituas[31]); wenigstens spricht dafür die Analogie des interdictum quorum bonorum. Allein diese Herausgabe der Pfandsachen ist nicht sowohl eine Anerkennung des Pfandrechtes, auf welches die Pfandklage ursprünglich und hauptsächlich gestellt wird, sondern vielmehr nur eine Folge der

---

26) L. 2. pr. D. 43. 33.

27) L. 1. §. 1. D. ibid. Vgl. Huschke a. a. O. S. 381.

28) So Puchta, Cursus der Institutionen Bd. 2, S. 728. Daß in der That die Interdictformel dem interdictum de precario nachgebildet war, darauf könnte man die Zusammenstellung beider Rechtsmittel in Einem Codextitel deuten. Cod. de precario et Salviano interdicto. (8. 9.)

29) L. 10. D. de precario. (43. 26.)

30) So Huschke a. a. O. S. 384, 398, und Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 139, Note 2.

31) So schon Huschke a. a. O. S. 398.

factischen Voraussetzungen, auf welche sich jenes Interdict basirt[32]). Indem aber jene Herausgabe nur erreicht wird, wenn ein wirkliches Pfandrecht vorhanden ist, liegt im Interdicte auch ein Streit und ein Erkenntniß über das Pfandrecht, und in dieser Rücksicht treffen beide Rechtsmittel materiell zusammen. Daß neben dem Interdicte die Pfandklage zulässig ist, geht aus dem Gesagten hervor; weil aber ihr Umfang weiter ist, als das Gebiet des Interdictes, tritt sie aushilfeweise auch in den Fällen ein, wo die factischen Voraussetzungen des Interdictes fehlen, also dieses ausgeschlossen bleibt[33]). Dürfen wir demnach nicht in Abrede stellen, daß aus dem Interdictprozesse auch die exceptio rei iudicatae gegen die Pfandklage entstehen kann, insofern nämlich darin auch die Pfandfrage implicite behandelt wird, so müssen wir doch die Meinung der älteren Practiker als grundlos bezeichnen, daß das Interdict ein vorläufiges Rechtsmittel sei, was vor der Pfandklage angestellt werden könne, mithin zu dieser in demselben Verhältnisse steht, wie das reine possessorium zu dem petitorium[34]). Fragt man nach dem wissenschaftlichen Grunde dieser Ansicht, so läßt sich weiter nichts anführen, als daß sie auf einer Verallgemeinerung von Grundsätzen beruht, welche bei Interdicten vorkommen, die nur factische Verhältnisse voraussetzen. — Einreden, welche dem Interdicte entgegenstehen, werden nirgends erwähnt. Die der Verjährung ist schon deßhalb in der Regel unzulässig, weil die Beschränkung des Rechtsmittels auf ein Jahr nirgends vorkommt; sie könnte also nur nach Analogie der perpetuae actiones eintreten. Wohl möglich indessen, daß man mit einer Einrede half, wenn mehrere Pfandberechtigte, von welchen einer bereits den Besitz der Sache erlangt hat, unter sich das Interdict zu brauchen denken; dann nämlich soll das Rechtsmittel wirkungslos sein, und der Besitzer im Besitze geschützt werden.

Interdictum sectorium heißt im vorjustinianischen Rechte das Interdict, welches dem bonorum sector zusteht zur Erlangung des Besitzes aller Sachen, welche zu der Gütermasse gehören, die er dem Staate abgekauft hat. Daß es adipiscendae possessionis ist, sagt Cajus[35]), dem wir die erste Nachricht von seinem Dasein verdanken. Mithin stand es nicht zu, wenn der sector bereits den Besitz der Sache erhalten und dann zufällig wieder verloren hatte. Wahrscheinlich ging es in restituas aus; dafür scheint die Analogie des interdictum quorum bonorum zu sprechen. Im Justinianischen Rechte, wo die sectio nicht mehr vorkommt, ist folgeweise auch das Interdict weggefallen.

Interdictum ut in flumine publico navigare liceat[36]) heißt das prohibitorische Interdict, welches den Zweck hat, die Schifffahrt

32) Vortrefflich ist hier die Abhandlung von Huschke a. a. O. S. 389—391.

33) So erklärt sich selbst die L. 2. D. ibid.

34) Man vgl. hier die Citate bei de Retes l. c. §. 43. p. 506.

35) Inst. IV. §. 146.

36) Literatur: de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pars V. §. 12. im thesaur. iuris ed. Meermann tom. VII. p. 530.

auf den öffentlichen Flüssen frei und ungehindert zu erhalten. Es ist mit dem Interdicte verwandt, welches die Benutzung öffentlicher Wege bezweckt[37]), beruht auf einer besonderen Stelle des Edictes und kann deßhalb wohl nicht als interdictum utile gelten[38]). Die Bedingungen desselben sind im einzelnen folgende: 1) Es muß ein öffentliches Gewässer vorliegen[39]). Das Edict macht in dieser Rücksicht namhaft öffentliche Flüsse, Seen, Lachen, Deiche und Canäle. An privaten Gewässern steht das Interdict nicht zu. 2) Das Gewässer muß schiffbar sein. Dieß wird im Edicte nur indirect und zwar dadurch angedeutet, daß das Rechtsmittel nur auf die Schifffahrt und die damit verknüpften Ein- und Ausladungen der Waaren bezogen wird[40]). 3) Die Schifffahrt, und was damit zusammenhängt, muß durch eine gewaltsame Handlung gestört worden sein[41]). Gleichgiltig ist es, ob der Fluß mit Lastschiffen, Kähnen oder Flößen befahren wird. Auch gehört hierher die Störung von Arbeiten am Ufer, welche mit der Schifffahrt unzertrennlich verknüpft sind. Der Erfolg des Rechtsmittels bestimmt sich nach seinem Zwecke, die Schifffahrt frei und ungehindert zu erhalten[42]); demnach ist es rein prohibitorisch, wirkt die Abwendung jeder künftigen Störung von Seiten dessen, der einmal als Störer aufgetreten ist; doch kommt der Schadenersatz für die bereits vorgekommene Störung nicht weiter in Betracht. Das Rechtsmittel ist im Laufe der Zeiten mehrfach ausgedehnt worden. Zuerst ist es dem gegeben worden, welcher in einem, von ihm gepachteten öffentlichen oder Communalgewässer am Fischen gehindert wird[43]). Manche halten dieß für eine Ausdehnung des interdictum de loco publico fruendo[44]); indeß steht dieser Ansicht seine Stellung in dem Pandektentitel entgegen, auch erklärt sich die Sache ganz einfach aus der Verwandtschaft des vorliegenden Interdictes mit dem de via publica. Ferner wird das Interdict auch dem gestattet, welcher gewaltsam verhindert wird, sein Vieh der Tränke halber an einen öffentlichen Fluß oder dessen Ufer hinzutreiben[45]); doch fällt es weg, wenn er die Absicht kund gibt, zu diesem Zwecke das Flußufer niedriger zu legen. Nur die genannten beiden Ausdehnungen sind den classischen Juristen bekannt. In neuerer Zeit hat man wohl vorgeschlagen, das Interdict auch auf den Fall anzuwenden, wenn Jemand an der Beschiffung des Meeres oder am Fischfange in demselben gehindert wird[46]); doch haben schon Andere bemerkt, daß für diesen

---

37) L. 1. §. 1. D. 43. 14.
38) So de Retes l. c. p. 530. Daß Cuiacius (paratitla in quinquaginta libros Digest. ad XLIII. 14.) es für ein interdictum utile erklärt habe, hat keinen wissenschaftlichen Grund für sich.
39) L. 1. pr. §. 2. D. ibid.
40) L. 1. pr. D. ibid.
41) Vim fieri veto. L. 1. pr. D. ibid.
42) L. 1. §. 1. D. ibid.
43) L. 1. §. 7. D. ibid.
44) Ibidem.
45) L. 1. §. 8. D. ibid.
46) So Cuiacius l. c. tom. II. p. 61.

Zweck die iniuriarum actio völlig ausreicht[47]), folglich ein Bedürfniß zur Ausdehnung des Interdictes überall nicht vorliegt[48]).

Interdictum uti possidetis[49]) heißt das prohibitorische Interdict, womit der Besitzer von unbeweglichen Sachen gewaltsame Störungen abwendet, welche seinen Besitz zwar beeinträchtigen, aber nicht aufheben. Die Erfordernisse des Interdictes sind folgende: 1) Eine unbewegliche Sache[50]), einerlei, ob es ein Landgrundstück oder ein Gebäude ist. Die ältere, von Aelius Gellus erhaltene Interdictformel[51]) war geradezu auf den fundus gerichtet; die in den Justinianischen Pandekten von Ulpian referirte bezieht sich blos auf Gebäude[52]). Darnach haben manche neuere Gelehrten angenommen, daß der Prätor im Edicte doppelte Formeln für dieß Interdict aufgestellt habe, eine für den fundus, die andere für aedes[53]), wozu nach der Vermuthung Rudorff's[54]) noch eine andere über den locus hinzukommen soll. Dann würde die Annahme nöthig sein, daß die Pandektencompilatoren nur die eine von den Interdictformeln aufgenommen, die anderen aber absichtlich ausgelassen hätten. In der That kommen nun in den Justinianischen Rechtsbüchern unzweifelhafte Spuren von der Anwendung des Interdictes auf den fundus vor[55]), allein diese ließen sich zur Noth auch aus der Annahme erklären, daß der Prätor in einer Interdictformel ursprünglich den fundus und die aedes neben einander erwähnt habe, ohngefähr in der Weise: uti nunc possidetis eum fundum, easve aedes q. d. r. agitur, und dafür scheint, wie schon Unterholzner[56]) bemerkt hat, die eigenthümliche Fassung einer Stelle des Cajus[57]) zu spre en. 2) Der Inter-

47) L. 2. §. 9. D. ne quid in loco. (43. 8.)

48) So de Retes l. c. tom. VII. p. 530.

49) Literatur: v. Savigny, das Recht des Besitzes, 6. Ausgabe, §. 38, S. 486—492; Albert, über das interdictum uti possidetis. Halle 1824. 8.; Wiederhold, das interdictum uti possidetis und die novi operis nunciatio. Hanau 1831. 8.; Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 120—126. Von älterer Literatur ist nicht ganz unbrauchbar de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pars II. §. 1—22.; im thesaurus iuris ed. Meermann tom. VII. p. 507—511. — Die geschichtliche Seite des Interdictes ist namentlich beleuchtet worden von Huschke, über die Stelle des Varro von den Liciniern (Heidelberg 1835. 8.), S. 65—115. Keller, über die deductio quae moribus fit und das interdictum uti possidetis, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 11, S. 287, 332. Rudorff, Bemerkungen über dasselbe Interdict a. a. O. Bd. 11, S. 333—361.

50) Caius, inst. IV. §. 149. L. 1. §. 1. D. uti possidetis. (43. 17.)

51) Festus, vb. possessiones.

52) L. 1. pr. D. 43. 17.

53) So Huschke a. g. O. S. 111—113.

54) A. a. O. Bd. 11, S. 335—337.

55) L. 1. §. 7. D. 43. 17. (Ulpian.) L. 1. C. uti possidetis. (8. 6.) Vgl. Huschke a. a. O. S. 112, 113.

56) A. a. O. Bd. 2, S. 120, Note c.

57) Inst. IV. §. 166. iudex apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, quod praetor interdicto complexus est, id est, uter

dicent muß an dieser Sache juristischen Besitz haben, d. h. Detention cum animo domini[58]); also er muß possidere. 3) Dieser Besitz muß ein gegenwärtiger sein. Dieß ergibt sich nicht blos aus der allgemeinen Natur der interdicta retinendae possessionis, sondern wird in besonderer Anwendung auf das vorliegende Rechtsmittel durch das Zeugniß Ulpian's erhärtet[59]); auch ist es eine nothwendige Folge der Vorschrift, daß, wenn es aus dem Interdicte zum Judicium kommt, der Judex zuerst untersuchen solle, wer von beiden gegenwärtiger Besitzer sei[60]). In der älteren Zeit entschied für den gegenwärtigen Besitz der Zeitpunkt, wo das Interdict edirt ward[61]), und dieß ist schon in der formula uti nunc possidetis ausgedrückt[62]), im Justinianischen Rechte entscheidet der Zeitpunkt der Litiscontestation[63]). 4) Dieser Besitz muß durch Anwendung unerlaubter Gewalt gestört worden sein[64]). Dieser Störung kann in der That die Anmaßung des Eigenthumes oder Besitzes zu Grunde liegen, sie kann aber auch ohnedem blos in der Absicht zu stören vorkommen[65]). In der ältesten Zeit kam hier nur die Eigenthumsanmaßung in Betracht; dieß nun geht schon aus den äußeren Umständen hervor, welche die Einführung des Interdictes motivirt haben. Im classischen Pandektenrechte wird außerdem eine gewaltsame Störung noch angenommen: a) wenn man den Besitzer der Sache an den von ihm beabsichtigten Dispositionen über die Sache hindert, also an dem Baue oder der Ausbesserung des Gebäudes[66]) oder der Bebauung des Grundstückes[67]); b) wenn man sich selbst die Benutzung der in fremdem Besitze befindlichen Sache anmaßt[68]), z. B. auf dem fremden Grundstücke einen Bau vornimmt, oder von einem unterwärts gelegenen Orte aus den höher liegenden durch Rauch, oder den unterwärts liegenden

---

eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possideret.

58) L. 9. D. de rei vindicatione. (6. 1.) vgl. mit Caius, inst. IV. §. 150. L. 1. pr. §. 4. D. 43. 17. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 487.

59) L. 1. §. 4. D. 43. 17. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 487.

60) Caius, inst. IV. §. 166. Ulpianus in L. 35. D. de adquirenda vel amittenda possessione. (41. 2.) Vgl. Rudorff a. a. O. Bd. 11, S. 336.

61) Caius, inst. IV. §. 150. Paullus, sent. recept. V. 6. §. 1. §. 4. J. de interdictis. (4. 15.)

62) Caius, inst. IV. §. 160. L. 3. §. 6. D. 43. 17. Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 123.

63) §. 4. J. 4. 15.

64) Vim fieri veto. Festus, s. v. possessio. Caius, inst. IV. §. 160. L. 1. pr. D. 43. 17. Auch hat die Verjährung des Interdictes keinen Sinn, wenn eine solche Handlung nicht vorausgesetzt wird. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 473.

65) Am gründlichsten ist hier Unterholzner a. a. O. B. 2, S. 123.

66) L. 3. §. 2 u. 3. D. 43. 17. L. 12. D. communi dividundo. (10. 3.) L. 52. §. 1. D. 41. 2.

67) L. 3. §. 4. D. 43. 17.

68) L. 3. §. 4. 7. 9. D. 43. 17. L. 5. §. 10. D. 39. 1. L. 8. §. 5 D. si servitus vindicetur. (8. 5.)

durch Ausgießen von Wasser beschwert. 5) Die verursachte Störung darf den Besitz in der Person des Gestörten nicht aufgehoben haben[69]. Die Nothwendigkeit dieses Erfordernisses folgt schon aus der Fassung des Interdictes: uti nunc possidetis, noch sicherer aber aus der, dem classischen Pandektenrechte eigenthümlichen Ansicht, daß es retinendae possessionis ist[70]), also zum Schutze eines zwar gestörten, aber nicht entrissenen Besitzes gegeben wird. In dieser Rücksicht unterscheidet sich die hier vorkommende Störung von der vis, welche in dem interdictum unde vi in Frage kommt, und die feineren Nuancen beider Fälle sind im concreten Falle oftmals so wenig erkennbar, daß selbst die Pandektencompilatoren eine Stelle des Pomponius[71]), welche den Begriff der vis in Beziehung auf das vorliegende Interdict erläutert, in den Titel de vi eingestellt haben. 6) Es darf sich nicht um die Störung des Besitzes einer Cloake handeln. Hier nämlich ist das Interdict nach einer ausdrücklichen Vorschrift des Edictes unanwendbar[72]). Wahrscheinlich ist dieser Zusatz durch den Umstand veranlaßt worden, daß für diesen Fall bereits andere Interdicte aufgestellt waren. — Der Zweck des Rechtsmittels bestimmt sich nach seinen Eigenschaften als retinendae possessionis und als Prohibitorium dahin, daß die Folgen der verursachten Störung aufgehoben, und deßhalb Schadenersatz geleistet werde[73]); auch sollen künftige Störungen dadurch unmöglich werden, daß dem Beklagten die cautio de non amplius turbando auferlegt wird[74]), d. h. er soll unter Stellung von Bürgen versprechen, den Kläger in dem ruhigen ungestörten Besitze der Sache zu belassen[75]). Weigert sich der Beklagte, diese Verpflichtungen zu erfüllen, so erfolgt die condemnatio auf quanti res est, was nicht sowohl den Werth des Eigenthumes, als den des Besitzes einschließt[76]), wenn schon Servius diesen Theil der formula auf den Eigenthumswerth beziehen wollte. Die hier erwähnte Klage scheint das alte Cascellianum iudicium des vorjustinianischen Rechtes zu sein, welche Sieg in der Sponsion, aber Unterliegen in der Fruchtlicitation voraussetzte[77]). Seiner Fassung nach ist das Interdict du-

---

69) Am gründlichsten ist hier v. Savigny a. a. O. §. 37, S. 438 flg.

70) Caius, inst. IV. §. 148. Paulus, sent. recept. V. 6. §. 1. L. 1. §. 1 u. 4. D. 43. 17. L. 2. §. 3. D. 43. 1.

71) L. 11. D. de vi. (43. 16.) Vgl. dazu v. Savigny a. a. O. S. 479.

72) L. 1. pr. D. 43. 17.

73) L. 3. §. 11. D. ibid.

74) Es folgt dieß schon aus dem Rechte der Execution. L. un. C. uti possidetis (8. 6.), die man wohl als unmittelbare Quelle der Caution angeführt hat, ist anders zu erklären. Man vgl. jetzt v. Savigny a. a. O. S. 488 flg. Rudorff, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 9, S. 27, 28, Bd. 11, S. 357. Die in jener Stelle erwähnte Satisdation bezieht sich auf die Eigenthumsklage.

75) Vgl. C. F. Conradi, diss. cautio de non amplius turbando in iudiciis possessoriis usu fori recepta. Helmstadt 1737.

76) L. 1. pr. L. 3. §. 10. D. ibid.

77) Caius, inst. IV. §. 166. 169. Es hieß auch secutorium iudicium; freilich war dieser Name auch dem fructuarium iudicium gemeinschaftlich, wel-

plex, und dieß wird daraus hergeleitet, daß der Prätor beide Parteien im Edicte ohne Unterschied der Parteirollen anredet; daher auch der Interdicent ohne weiteres condemnirt werden kann, was namentlich dann zutrifft, wenn sich zeigt, daß nicht er, sondern sein Gegner der wahre Besitzer ist, und also seine sogenannten Besitzhandlungen als bloße Störungen des gegnerischen Besitzes erscheinen[78]), oder der Gegner zwar zugeben muß, daß der Interdicent besitzt, aber die exceptio vitiosae possessionis beweist[79]), oder daß ihm selbst eine quasi possessio zusteht, nach welcher er einen rechtlichen Schutz beanspruchen kann[80]). Doch muß man sich wohl hüten, die prozessualische Gleichstellung der Parteien zu weit auszudehnen; namentlich nicht auf die Frage nach der Beweislast, wo zweifelsohne der als Kläger gelten muß, welcher zuerst vor dem Richter auftrat. — Von Einreden, welche dem Interdicte entgegenstehen, kommen in den Justinianischen Rechtsquellen vor: 1) Die Einrede der Verjährung. Sie gründet sich auf die blos jährige Dauer der aus dem Interdicte entspringenden in factum actio, und dieses Jahr wird von der Besitzstörung an, aber nach den Grundsätzen des annus utilis berechnet[81]); nach Ablauf dieser Zeit wird die Klage nur noch auf soweit gestattet, als der Beklagte durch die verursachte Störung gewonnen hat[82]), und das ist nach einem responsum des Sabinus angenommen worden. 2) Die Einrede des in Rücksicht auf den Beklagten fehlerhaften Besitzes (exceptio vitiosae possessionis). Diese Einrede ist schon in dem prätorischen Edicte erwähnt[83]). Wenn nur der Auctor des Interdicenten vitiose besessen hat, bleibt die Einrede ausgeschlossen[84]), demnach ist es hier, wie bei Dritten, gegen welche auch, wer nicht fehlerfrei besitzt, doch im Besitze geschützt werden muß[85]). Der Grund der Einrede liegt darin, daß der Beklagte ohnehin ein besonderes interdictum recuperandae possessionis gegen den Kläger haben würde, und nun der Kürze halber der Grund dieses Interdictes sofort mit abgemacht werden soll[86]). Von anderen Einreden wird in den Justinianischen Rechtsquellen nichts erwähnt, und wenn manche Neuere die Einrede der sogen. possessio nulla zugelassen haben, so ist dieß ohne

---

ches mit der Cascellianischen Klage nichts zu thun hatte. Cajus, inst. IV. §. 169. Vgl. Rudorff a. a. O. Bd. 11, S. 359—361.

78) Cajus, inst. IV. §. 160. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 482.

79) Daraus erklärt sich die räthselhafte L. 3. pr. D. 43. 17.: superior sum interdicto.

80) Vgl. hier Unterholzner a. a. O. Bd. 2, S. 126.

81) L. 1. pr. D. 43. 17. Daß sich diese Verjährung auf das Cascellianum iudicium bezieht, bemerkt schon Rudorff a. a. O. Bd. 11, S. 359.

82) L. 4. D. 43. 1.

83) Cajus, inst. IV. §. 166. L. 1. pr. D. 43. 17. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 491.

84) L. 1. §. 5. 9. L. 3. §. 10. D. 43. 17. Vgl. Paullus, sent. rec. V. 6. §. 1.

85) L. 17. D. de precario. (43. 26.) L. 53. D. 41. 2. §. 4. J. de interdictis. (4. 15.) Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 491.

86) Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 491 flg.

gesetzliche Grundlage geschehen[87]). Doch wird bezeugt, daß das Interdict auch auf dem Wege der Einrede geltend gemacht werden kann[88]), und dieß scheint nur eine Folge des Grundsatzes zu sein, daß, wer selbstständig klagen kann, seinen Klagegrund auch zur Einrede benutzen darf.

Ueber die Thatsachen, welche zur Einführung des Interdictes Veranlassung gegeben haben, sind die Ansichten der vorzüglichsten Civilisten getheilt. Im allgemeinen wird es zur Förderung dieser Untersuchung beitragen, wenn wir die verschiedenen Functionen des Interdictes unterscheiden. Man kann nach der bisherigen Darstellung ganz füglich drei derselben unterscheiden. Einmal ist das Interdict anwendbar, wenn der jetzige Besitzer durch die Störung im Besitze Schaden gehabt hat und diesen ersetzt haben will; sodann, wenn eine zukünftige Störung zu fürchten ist, gegen die der Besitzer geschützt sein will; endlich, wenn der Prozeß über das Eigenthum durch die vorläufige Regulirung des Besitzstandes eingeleitet werden soll. Von diesen Functionen fällt die erstere hier von selbst aus, weil der Schadenersatz nicht unmittelbarer Zweck der prohibitorischen Interdicte ist[89]), sondern erst mittelbar durch das angefügte Judicium erlangt werden kann, und, wenn auch die Verjährungseinrede eine vorgefallene Störung voraussetzt, so ist dieß doch in Bezug auf jene prohibitorische Natur des Interdictes so zu denken, daß ohne Störung kein Beklagter, also Niemand vorhanden ist, von dem man eine künftige Störung zu erwarten habe, die durch das Interdict abgewendet werden solle. Sonach bleibt nur die Regulirung des Eigenthumsprozesses als die eigentliche, ursprüngliche Function des Interdictes übrig, wenn es überhaupt wahr ist, daß von Anfang an beim Interdicte nur solche Störungen berücksichtigt worden sind, welche in einer fremden Eigenthumsanmaßung ihren Grund haben. Daß nun das Rechtsmittel zur Regulirung der Parteirollen im Eigenthumsprozesse eingeführt ist, besagen ganz deutlich Cajus[90]) und Ulpian[91]). Auch stimmen damit die meisten neueren Juristen[92]) überein, und es würde die Wahrheit dieser Behauptung wohl nie einem Zweifel unterlegen haben, wenn nicht eine geachtete Auctorität sich für eine verschiedene Ansicht entschieden hätte. Man hat nämlich den betreffenden Zeugnissen der römischen Juristen deßhalb Glaubwürdigkeit abgesprochen, weil sie mehrere hundert Jahre nach der Einführung des Interdictes gelebt haben; man hat ferner die Besitz-

---

87) So Albert a. a. O. §. 94. Vgl. dagegen die Bemerkungen von v. Savigny a. a. O. S. 492, Note 3.

88) L. 1. §. 4. D. 43. 17.

89) So Keller a. a. O. in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 11, S. 305—308.

90) Caius, inst. IV. §. 148.

91) Ulpianus in L. 1. §. 2 u. 3. D. 43. 17. L. 35. D. 41. 2. Vgl. die Entwickelung bei Keller a. a. O. Bd. 11, S. 313 flg.

92) Du Roi, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 6, S. 265 flg. Zimmern, der römische Civilprozeß §. 74, S. 231. Wiederhold a. a. O. v. Vangerow, Leitfaden für Pandektenvorlesungen Bd. 1, S. 602 (2. Ausg.). Keller a. a. O. Bd. 11, S. 305—326.

störung und den deßhalb zu leistenden Schadenersatz als die hauptsächlichste und ursprüngliche Function des Interdictes betrachtet, und somit die Beziehung des Interdictes auf den ager publicus gerechtfertigt, dessen Nutznießung von den römischen Classikern ausdrücklich mit dem Worte possidere bezeichnet wird [93]). Somit kam man ganz natürlich zu der Vermuthung, daß das Interdict zunächst den Schutz des Privatbesitzes an öffentlichem Grund und Boden gegen fremde Eingriffe bezweckt [94]), und späterhin erst zur Regulirung der Parteirollen in der Eigenthumsklage benutzt worden sei. Allein so sicher die Behauptung ist, daß die possessorischen Interdicte schon zeitig auf dieses Rechtsverhältniß angewendet wurden, so wird dieß ausdrücklich doch nur von den interdicta recuperandae possessionis bezeugt [95]), nicht aber von den retinendae. Zudem müßte man, wie es auch neuerdings geschehen ist [96]), zur Rechtfertigung dieser Ansicht behaupten, daß das interdictum uti possidetis, welches zur Zeit der classischen Juristen seinem innersten Wesen nach duplex war, von Anfang an simplex gewesen wäre, was nachher in unbekannter Zeit verändert worden sei. — Geht man von der oben angenommenen Ansicht aus, daß die Einführung des Interdictes mit der Regulirung der Parteirollen im Eigenthumsprozesse zusammenhängt, so würde folgen, daß die Beziehung des Interdictes auf einfache Besitzstörungen auf späterer Ausdehnung beruht. So wird es im classischen Pandektenrechte gestattet dem, welcher blos precario besitzt [97]); auch bei den positiven servitutes praediorum urbanorum steht es wahrscheinlich dem dominans zu, weil die Servituten als Theil des Grundstückes angesehen und mit dem fundus zugleich besessen werden [98]). In Rücksicht der negativen Servituten und der positiven, welche den praedia rustica zustehen, ist das Interdict wohl niemals zugestanden worden, namentlich nicht in Rücksicht der letzteren, wo der possessorische Schutz nur in einzelnen Fällen angenommen wird, in denen er durch besondere Interdicte geordnet wird. Auf die superficies ist das Interdict niemals bezogen worden; vielmehr steht dem Superficiar ein eigenes Interdict zum Schutze im Besitze zu, das nach Analogie des vorliegenden eingeführt worden ist [99]). Bei dem usus fructus fand nach classischem Rechte

---

93) Vgl. Niebuhr, römische Geschichte Th. 2, S. 159, 160 (3. Ausg.), v. Savigny a. a. O. S. 217 flg.

94) So Niebuhr a. a. O. Bd. 2, S. 169, v. Savigny a. a. O. S. 217—224.

95) Nur darauf bezieht sich Cic. in Rullum. III. 2. 3.

96) So Rudorff a. a. O. Bd. 11, S. 333—336.

97) L. 17. D. de precario. (43. 26.)

98) L. 3. §. 5—7. L. 8. §. 5. D. si servitus vindicetur. (8. 5.) Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 586 flg. Rudorff a. a. O. Bd. 11, S. 348—353. Auch erklärt sich erst durch diese Annahme der Umstand, daß das Interdict bei Cloaken ausgeschlossen bleibt. Vgl. Rudorff a. a. O. Bd. 11, S. 352. Dagegen jetzt Wiederhold a. a. O. S. 57 flg. und v. Vangerow a. a. O. I. S. 716—718, welche die Anwendbarkeit des Interdictes bei allen dinglichen Servituten leugnen.

99) L. 3. §. 7. D. 43. 17. L. 1. §. 2. D. de superficiebus. (43. 18.)

auch nur ein utile interdictum statt, wie die vaticanischen Fragmente berichten[100]), weil der Nutznießer nicht juristischen Besitz am Grundstücke hat; in den Justinianischen Pandekten ist indeß diese Ausdehnung übergangen und der Nutznießer ohne weiteres in die Zahl der Personen eingestellt worden, welche einen Anspruch auf das Interdict haben[101]).

Interdictum utrubi heißt das prohibitorische Interdict[102]), womit der Besitzer einer beweglichen Sache gewaltsame Störungen abwendet, welche seinen Besitz zwar beeinträchtigen, aber nicht aufheben. Es ist retinendae possessionis[103]), wenn schon manche neuere Rechtslehrer es unter die interdicta recuperandae haben einstellen wollen[104]); auch wird seine Duplicität von den classischen Juristen bezeugt[105]). In der formula, welche das prätorische Edict erhalten hat, wird nur ein Sclave genannt, der vom Besitzer ungehindert abgeführt werden soll[106]), und mit dieser Fassung hängt der Name zusammen, da die formula mit utrubi anfängt, was soviel heißt, als: an welchem Orte, bei wem; indeß war es schon zur Zeit der classischen Juristen auf alle beweglichen Sachen ohne Unterschied ausgedehnt worden[107]). Daß es gleich dem interdictum uti possidetis zur Regulirung der Parteirollen in dem Eigenthumsprozesse eingeführt ist, wird von Cajus[108]) ausdrücklich bezeugt. Die Erfordernisse des Interdictes waren nach dem älteren Rechte sehr verschieden von denen zur Justinianischen Zeit. Die des vorjustinianischen Rechtes sind im einzelnen folgende: 1) eine bewegliche Sache, 2) Interdictenbesitz derselben — also Detention cum animo domini[109]). 3) Zuständigkeit dieses Besitzes in der größeren Hälfte des letztverflossenen Jahres[110]). Dieses Jahr ward rückwärts gerechnet, zwar nicht vom Augenblicke der vorgefallenen Störung an, wohl aber vom Zeitpunkte, wo das Interdict ausgebracht wird[111]). In der Berechnung wird es aber

100) Fragm. Vat. §. 90.
101) L. 4. D. 43. 17.
102) Litteratur: de Retes, de interdictis et remediis possessoriis relectio pars II. nr. 3. 23. 24. im thesaurus iuris ed. Meermann tom. VII. p. 511 sq.; v. Savigny, das Recht des Besitzes, 6. Ausg., §. 39, S. 492—505; Unterholzner, die Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2, S. 120—126.
103) Entscheidend sind Caius, inst. IV. §. 148., Paulli sent. rec. V. 6. §. 1., §. 4. J. de interdictis. (4. 15.)
104) Vgl. de Retes l. c. nr. 23. p. 521.
105) Caius, inst. IV. §. 160. L. 37. §. 1. D. de obligationibus et actionibus. (44. 7.) §. 7. J. 4. 15.
106) Caius, inst. IV. §. 160. L. un. pr. D. utrubi. (43. 31.)
107) Caius, inst. IV. §. 149. Paulli sent. rec. V. 6. §. 1. — Vgl. §. 4. J. 4. 15. L. 1. §. 1. D. 43. 31.
108) Caius, inst. IV. §. 148. — Vgl. §. 4. J. 4. 15.
109) Fuit. Caius, inst. IV. §. 160., L. 1. pr. D. 43. 31. — Vgl. Paulli sent. recept. V. 6. §. 1., §. 4. J. 4. 15. — Am klarsten L. 9. D. 6. 1.
110) Vgl. Caius, inst. IV. §. 150., Paulli sent. rec. V. 6. §. 1. L. 1. pr. D. 43. 31. §. 4. J. 4. 15. Vgl. Fragm. Vat. §. 293.
111) Am klarsten Paulli sent. rec. V. 6. §. 1., auch Caius, inst. IV. §. 150. 152.

relativ genommen, d. h. man sieht nur darauf, daß unser Besitz in diesem Jahre länger gedauert hat, als der des Gegners [112]). Dabei galt auch die accessio possessionis, d. h. der Interdicent konnte sich den Besitz seines Auctors anrechnen, einerlei, ob er ihm Erbe, oder Singularsuccessor geworden war [113]); vorausgesetzt indeß, daß er selbst wenigstens einige possessio gehabt hatte, daß ferner der Besitz des Vordermannes ebenfalls Interdictenbesitz gewesen war, der aber rücksichtlich der vitia possessionis den nämlichen Beschränkungen unterlag, wie in der eigenen Person des Interdicenten. — Gegenwärtiger Besitz, im Zeitpunkte des interdictum redditum, war nicht von Nöthen, wie sich aus dem Zeugnisse des Theophilus ergibt [114]), der doch wohl noch das alte Interdictverfahren gekannt haben muß; auch würde ohne diese Voraussetzung eine ganze Reihe von Interdictfällen unerklärlich bleiben [115]). Wie nun diese Voraussetzung mit der Eigenschaft des interdictum als retinendae possessionis zu vereinigen ist, darüber haben sich die römischen Rechtsquellen nicht weiter verbreitet. Am wahrscheinlichsten ist es anzunehmen, daß nach einer juristischen Fiction der Besitz, welcher den größeren Theil des letztverflossenen Jahres angedauert hatte, für einen gegenwärtigen angesehen ward [116]). 4) Gewaltsame Störung des Besitzes [117]). In der That wird dieß auch schon in der Möglichkeit, das Interdict gegen jemand auszubringen, vorausgesetzt. 5) Diese Störung muß den juristischen Besitz in der Person des Gestörten nicht aufgehoben haben. Dieß nun ergibt sich schon aus der Natur des Interdictes als retinendae possessionis. Ob die Detention der Sache dem Interdicenten zusteht, ist nach dem Obigen gleichgiltig, sofern nur die Retention des Besitzes durch animus angenommen werden darf. Damit hängt die Ansicht der classischen Juristen zusammen, 6) daß die Sache, um welche es sich handelt, nicht vom Gegner verheimlicht werde [118]). Sonst nämlich ist zunächst die actio ad exhibendum zuständig, welche in Rücksicht auf das nachfolgende Interdict die Natur eines präparatorischen Rechtsmittels annimmt. — Diese Erfordernisse des Interdictes sind im Justinia-

---

112) Caius, inst. IV. §. 152. L. 156. D. de Verb. signif. (50. 16.)

113) Caius, inst. IV. §. 151.

114) Paraphr. inst. IV. 15. §. 4. Vgl. hier besonders v. Savigny a. a. O. S. 499 flg. Angeführt hat man noch zum Beweise Petronius, satyr. cap. 13. L. 3. §. 5 u. 12. D. ad exhibendum. (10. 4.) Daß aber diese Stellen den Satz nicht enthalten, zeigt v. Savigny a. a. O. S. 495—499.

115) Interessant ist auch, daß das Interdict selbst keine Veranlassung zur gegentheiligen Ansicht darbietet: fuit. L. 1. pr. D. 43. 31. Caius, inst. IV. §. 160.

116) So schon v. Savigny a. a. O. S. 502. Eine Bestätigung enthält Caius, inst. IV. §. 160.: Si vero de re mobili, eum potiorem esse iubet, qui maiore parte eius anni nec vi nec clam nec precario ab adversario possidet, wo Göschen possedit wollte.

117) Vim fieri veto. Caius, inst. IV. §. 160. L. 1. pr. D. 43. 31. Vgl. L. 1. §. 1. D. ibid.

118) L. 3. §. 5 u. 12. D. 11. 4. Man vgl. hier vorzüglich Cuiacius, observ. V. 23., de Retes l. c. §. 23. p. 511 sq.

nischen Rechte in mehreren Beziehungen geändert worden. Nicht der Besitz im größeren Theile des letztverflossenen Jahres soll fernerhin in Frage kommen, sondern vielmehr der gegenwärtige, und das soll ganz nach Analogie des interdictum uti possidetis beurtheilt werden[119]. Demnach ist auch in den Justinianischen Pandekten eine Interpolation eines von Ulpian herrührenden Fragmentes effectuirt worden[120]. Mithin sind die Erforderniße des Interdictes im Justinianischen Rechte 1) eine bewegliche Sache; 2) Interdictenbesitz derselben; 3) gegenwärtiger Besitz zur Zeit der Litiscontestation[121]; 4) gewaltsame Störung dieses Besitzes[122]; 5) diese Störung darf den juristischen Besitz in der Person des Gestörten nicht aufgehoben haben; 6) die Sache darf vom Detentor nicht verheimlicht werden, sonst wird die actio ad exhibendum zuvörderst nothwendig[123]. — Beklagt wird mit dem Interdicte der Störer; Kläger ist der Gestörte, der sich aber der Natur der Sache nach nicht auf die accessio possessionis berufen kann. Der Erfolg des Interdictes ist die Abwendung der Folgen der verursachten Störung und künftiger Hinderungen in der Ausübung der Besitzrechte. Zunächst spricht die Interdictformel nur von der ungehinderten Abführung des Sclaven in den eigenen Gewahrsam von Seiten des Besitzers[124], allein die spätere Ausdehnung auf alle beweglichen Sachen muß wohl auch andere Besitzrechte umfaßt haben. Mit dem Gesagten stimmt die prohibitorische Fassung des Interdictes auf das Genauste überein, welche der des interdictum uti possidetis entspricht. Hier kann auch der Interdicent im nachfolgenden Prozesse condemnirt werden, und dieß trifft namentlich dann zu, wenn sich im Beweise herausstellt, daß nicht er, sondern der Gegner im Prozesse als der wahre Besitzer der Sache angesehen werden muß, oder die Einrede der vitiosa possessio bewiesen wird. Von Einreden wird in der Interdictformel, welche die Justinianischen Pandekten erhalten haben[125], keine einzige erwähnt. Indessen wird schon aus den Zeugnissen der classischen Juristen gewiß, daß die vitiosa possessio berücksichtigt ward und die Freisprechung zur Folge hatte[126]; auch scheint eine Stelle des Cajus darauf zu deuten, daß die Einrede im Edicte gestanden hat[127]. Man müßte demnach wohl annehmen, daß in den Justinianischen Pandekten die Interdictformel nicht vollstän-

119) §. 4. J. 4. 15.
120) L. 1. §. 1. D. ibid.
121) §. 4. J. ibid.
122) L. 1. pr. §. 1. D. ibid.
123) L. 3. §. 5 u. 12. D. 11. 4.
124) Quominus is eum ducat, vim fieri veto. Caius, inst. IV. §. 160. L. 1. pr. D. 43. 31.
125) L. 1. pr. D. ibid. Vgl. Caius, inst. IV. §. 160.
126) Caius, inst. IV. §. 150. 151. Paullus, sent. recept. V. 6. §. 1. L. 1. §. 1. D. 43. 31. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 604 flg.
127) Caius l. c. IV. §. 150.: Idque satis ipsis verbis interdictorum significatur. Vorher war davon die Rede, daß im Interdicte siege, welcher im größeren Theile des verflossenen Jahres die Sache nicht vitiose besessen.

dig erhalten worden ist. Im Justinianischen Rechte wird die Einrede ausdrücklich anerkannt, und zwar ganz in derselben Weise, wie bei dem interdictum uti possidetis[128]); also kommt die vitiosa possessio nur insofern in Erwägung, als sie von dem Beklagten her fehlerhaft erworben worden; rücksichtlich aller anderen Personen gilt sie für wahre possessio. — Von der Einrede der Verjährung ist in den Stellen, welche vom interdictum utrubi handeln, nirgends die Rede; auch war sie im älteren Rechte, welches den Besitz des letzten Jahres berücksichtigte, der Sache nach unmöglich. Im Justinianischen Rechte muß sie indeß als giltig angenommen werden, weil das Interdict dem uti possidetis gleichgestellt worden ist[129]). — Daß wegen des Nießbrauches an beweglichen Sachen ein utile interdictum verwilligt ward, wie Unterholzner annimmt[130]), ist nicht wahrscheinlich.

Heimbach.

Interusurium oder commodum repraesentationis, auch commodum medii temporis bezeichnet in den römischen Rechtsquellen den Vortheil oder Zinsengenuß, welcher aus der früheren Zahlung — repraesentatio[1]) — einer später fälligen Summe oder der früheren Uebergabe einer nutzbaren Sache für den Empfänger erwächst. Bald besteht in ihm der Zweck einer Disposition, wie bei der dos praelegata[2]), dem Legate einer später fälligen Forderung an den Erblasser[3]) und in anderen ähnlichen Fällen[4]), bald handelt es sich um die Rückforderung des Interusurium, wie wenn in fraudem creditorum eine noch nicht fällige Forderung früher gezahlt wurde[5]), bald aber auch um den Abzug des Interusurium. So bestimmt L. 24. §. 2. D. soluto matrimonio (24. 3.), daß derjenige Ehemann, welcher wegen der in der gesetzlichen Frist zu leistenden Restitution der dos keine Bürgschaft leisten kann, die dos zwar sogleich, aber doch mit Abzug des Interusurium zu restituiren hat. Eine ähnliche Bestimmung enthält L. 9. §. 8. D. de peculio (15. 1.); ferner soll nach L. 45. pr. D. ad legem Falcidiam (35. 2.), wenn etwas in diem vermacht ist, das Interusurium oder die Nutzung des Legates bis zum Eintritte des dies in Rechnung gebracht werden, und L. 66. pr. eod. lehrt, daß, wenn 10 als ein erst nach zehn Jahren zahlbares Legat vermacht worden, weniger als 10 vermacht sei, da das Interusurium den Werth des Legates vermindere, und endlich setzt L. 88. §. 3. eod. in einem solchen Falle das Interusurium

---

128) L. 1. §. 1. D. 43. 31. §. 4. J. 4. 15. Theoph. paraphr. ad h. l.
129) Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 505.
130) A. a. O. Bd. 2, S. 122.
1) §. 14. J. de legatis. (2. 20.) L. 24. §. 2. D. soluto matrimonio. (24. 3.) L. 88. §. 5. D. de legatis. II. (31.) L. 10. §. 12. D. quae in fraudem creditor. (42. 8.)
2) L. 1. §. 2. D. de dote praelegata. (33. 4.)
3) L. 1. §. 10. D. ad legem Falcid. (35. 2.) §. 14. J. de legatis. (2. 20.)
4) L. 2. D. de dote praelegata. (33. 4.) L. 1. §. 12. eod.
5) L. 10. §. 12. L. 17. §. 2. D. quae in fraudem credit. (42. 8.)

in die Früchte, welche der Erbe von dem Legate in der Zwischenzeit gezogen hat.

Diese Fälle nun, in welchen das Interusurium abgezogen wird, sind es, welche den Neueren zu derjenigen Begriffsbestimmung Veranlassung gegeben haben, nach welcher unter dem Interusurium, oder, nach der kaufmännischen Terminologie, dem Rabatt oder Disconto der Abzug zu verstehen ist, welchen Jemand an einer später fälligen Summe um deßwillen macht, weil er früher zahlt, oder mit anderen Worten der Unterschied zwischen dem früheren Werthe einer später fälligen Summe Geldes und dem Betrage dieser Summe selbst[6]).

Für die Berechnung des Interusuriums in diesem Sinne gibt es drei verschiedene Methoden, die Carpzov'sche[7]), die Hoffmann'sche[8]) und die Leibnitz'sche[9]).

Nach der Carpzov'schen Methode zieht man von dem später fälligen Capitale den Gesammtbetrag der davon nach einem bestimmten Zinsfuße bis zum Zahlungstermine aufkommenden Zinsen als Interusurium ab. Die Hoffmann'sche und die Leibnitz'sche Methode dagegen lehrt den gegenwärtigen Werth eines später fälligen Capitales so finden, daß dieser Werth dem später fälligen Capitale gleichkommt, wenn man die, bis zu dem Zahlungstermine von dem Betrage jenes Werthes nach einem bestimmten Procentsatze zu ziehenden, Zinsen hinzurechnet. Die Differenz zwischen dem so gefundenen gegenwärtigen Werthe und dem Betrage des später fälligen Capitales ist das Interusurium. Beide Methoden unterscheiden sich nur dadurch von einander, daß nach der Hoffmann'schen blos einfache Zinsen, nach der Leibnitz'schen hingegen auch noch Zinseszinsen in Ansatz gebracht werden.

Die hierzu nöthige Rechnung beruht darauf, daß sich der gegenwärtige Werth einer später fälligen Summe zu dieser verhält, wie ein beliebiges anderes Capital zu der Summe dieses Capitales und beziehungsweise der einfachen oder auch der Zinseszinsen davon auf den in Frage stehenden Zeitraum. Weiß man z. B., daß 100 zu 5 Procent in 6 Jahren 30 an einfachen und 34,0096 an Zinsen und Zinseszinsen tragen, und handelt es sich um ein Capital von 400, so verhalten sich

---

6) Leibnitz definirt es in der Note 9 citirten Abhandlung: Interusurium est differentia inter pecuniam in diem certum debitam et praesentem eius valorem.

7) Ben. Carpzovii opus decisionum illustrium. (Lips. 1704.) P. III. dec. 275.

8) Gottfr. Aug. Hoffmann's Klugheit Haus zu halten oder prudentia oeconomica Th. 1. Anhang vom Interusurio p. 383 sq. und dessen Demonstrationen von richtiger Berechnung des Interusurii in J. Fr. Polack's Mathesis forensis, 2. Ausgabe (1740), S. 94 flg., 3. Ausg. (1755), S. 129 flg., 4. Ausg. (1770), S. 154 flg.

9) G. G. L. (Leibnitz), meditatio iuridico-mathematica de interusurio, in den actis eruditorum vom Oct. d. J. 1683 p. 425 sq. in Leibnit. opera omnia ed. Dutens Vol. III. p. 151 sq., übersetzt bei Löhmann, Handbuch für juridische Rechnungen (Leipzig 1829), S. 236 flg.

nach Hoffmann'schen Grundsätzen 100 + 30 oder 130 : 100 = 400 : x, d. i. 307,69, und nach Leibnitz'schen 100 + 34,0096 oder 134,0096 : 100 = 400 : x, d. i. 289,49.

Bezeichnet man den Zinsfuß mit $\frac{p}{100}$, die Zahl der Jahre bis zum Fälligkeitstermine mit n, das später fällige Capital selbst durch a, das Interusurium mit b und den gegenwärtigen Werth durch c, so ist

1) nach der Carpzov'schen Methode $b = \frac{npa}{100}$ und $c = a - b = a - \frac{npa}{100}$;

2) nach der Hoffmann'schen Methode $c = a\frac{100}{100 + np}$ und $b = a - \left(a.\frac{100}{100 + np}\right)$;

3) nach der Leibnitz'schen Methode $c = a.\left(\frac{100}{100 + p}\right)^n$ und $b = a - c = a - \left[a\left(\frac{100}{100 + p}\right)^n\right]$.

Welche dieser verschiedenen Methoden den Vorzug verdiene, darüber ist viel gestritten worden[10]. Es kann nämlich diese Frage sowohl vom mathematischen als vom juridischen Gesichtspunkte aus erwogen werden.

In mathematischer Hinsicht stellt sich zunächst die Carpzov'sche Methode als ganz unhaltbar dar. Denn sie führt selbst zu der Ungereimtheit, daß bei einer hinlänglichen Größe des zwischenliegenden Zeitraumes der Schuldner für das später fällige Capital gar nichts zu zahlen, ja selbst noch heraus zu bekommen haben würde.

---

10) Außer den Note 7—9 citirten Schriften gehören hierher: C. H. Horn, diss. iur. de interusurio. Wittenb. 1712. J. Fr. Polack, Mathesis forensis (Leipz. 1734. 8.), S. 61 flg., 2. Ausg. (1740. 4.), S. 47 flg., 3. Ausg. (1755. 4.), S. 82 flg., 4. Ausg. (1770. 4.), S. 91 flg. G. B. B. (Bilfinger), Anhang zu Polack's Math. forensis, die Berechnung des Interusurii betr., in Polack's Math. forens., 2. Ausg., S. 80 flg., 3. Ausg., S. 116 flg., 4. Ausg., S. 141 flg. J. Fr. Unger's Beiträge zu der Math. for. (Götting. 1744), St. 1, Abh. 1, St. 2, Abh. 15. A. G. Kaestner, progr. pro iustitia calculi interusurii Leibnitiani. Lips. 1747. Beitler (pr. Hoffmann), diss. de antichresi et interusurio. Tubing. 1767. C. Chassot de Florencourt, Abhandlungen aus der jurist. und politischen Rechenkunst (Altenb. 1781), S. 10 flg. J. A. Chr. Michelsen, Anleit. zur jur., polit. und öconom. Rechenkunst (Halle 1782), Th. 1, S. 154 flg. Teutsches Museum 1783, St. 9 u. 10, S. 256 u. 294 flg. Fratr. Becmannorum tr. de interusurio. Götting. 1784. J. M. Schneidt, spec. arithmet. ad materiem de usuris, antichresi et interusurio et red. ann. applicat. Herbip. 1784. G. A. Lieben, Gedanken über des Frhrn. v. Leibnitz und Hoffmann's verschiedene calculos interusurii. Dresden 1788. C. Zimmermann, über Anatocismus und Interusurium. Frankf. 1797. Ed. Schrader, das Interusurium ist nach Hoffmann'schen, nicht Leibnitz'schen Grundsätzen zu berechnen, in dessen civil. Abhandl. Abth. 2 (Weimar 1816), Nr. II, S. 147—190. Joh. Ad. Seuffert, Erörterung einzelner Lehren des Privatrechtes Abth. 1 (Würzburg 1820), Nr. XIX, S. 145—149. Fr. Löhmann, Handbuch für jurid. und staatswirthschaftliche Rechnungen (Leipz. 1829), S. 79 flg., S. 235 flg. Ferd. Zachariä, über die richtige Berechnungsart des Interusurii nach Grundsätzen des Rechtes. Greifswalde 1831. J. A. Grunert, Lehrb. der Mathematik Th. 1, Abth. 2. Polit. Arithmetik (Leipzig 1841), S. 91—98.

Wenn man nämlich in der Carpzov'schen Formel $b = \frac{npa}{100}$ die Zahl der Jahre oder n so wählt, daß $np = 100$ wird, so ist das Interusurium $b = \frac{100\,a}{100} = a$, also dem Capitale selbst gleich, der frühere Werth c aber $= a - b$ und, da $b = a$ ist, $= a - a = o$. Dieß ist z. B. der Fall, wenn in 20 Jahren 100 zu zahlen sind und der Zinsfuß 5 Procent ist; hier ist das Interusurium $b = \frac{20 \cdot 5 \cdot 100}{100} = 100$; das jetzt zu zahlende Capital $c = a - b = 100 - 100 = o$. Nimmt man aber $np > 100$, so ist das Interusurium sogar größer als das später fällige Capital. Sind z. B. 100 nach 25 Jahren zu zahlen, so ist bei dem Zinsfuße von 5 Procent das Interusurium $b = \frac{25 \cdot 5 \cdot 100}{100} = 125$; der gegenwärtige Werth c also $= 100 - 125 = - 25$, d. h. der Schuldner würde nicht nur nichts zu zahlen schuldig, sondern noch 25 zu fordern berechtigt sein.

Das Hoffmann'sche Verfahren dagegen beruht zwar im allgemeinen auf einem richtigen Grundsatze, indem das so reducirte Capital mit den Zinsen davon für die Zwischenzeit soviel beträgt, als das später fällige Capital; aber es ist doch mit Inconsequenzen behaftet. Wenn es sich nämlich um die Reduction von zu verschiedenen Terminen fälligen Zahlungen handelt, so entsteht ein verschiedenes Resultat, je nachdem man die einzelnen später fälligen Zahlungen auf die früheren Werthe reducirt, oder die Zahlungen als Renten eines Capitales ansieht und sie so nach der Formel für die Reduction der Renten[11]) auf ihren baaren Werth bringt. Da nur das erstere Verfahren eine consequente Anwendung der Hoffmann'schen Grundsätze ist, sich aber doch die Betrachtung solcher Zahlungen als Renten in vielen Fällen von selbst aufdringt, und die darauf angewandte richtige Rechnungsweise[12]) als Criterium der rechten Methode anzusehen ist, müssen vom mathematischen Gesichtspunkte aus die Hoffmann'schen Grundsätze, als zu Inconsequenzen führend, um so mehr verworfen werden, als bei der Reduction der einzelnen Zahlungen der gegenwärtige Werth einer vierzigjährigen Rente zu 5 Procent mehr betragen würde, als der Werth einer ewigen Rente von dem gleichen jährlichen Betrage.

Die Leibnitz'sche Methode dagegen ist frei von allen Inconsequenzen; insbesondre zeigt sich gerade in den Fällen, wo verschiedene ter-

---

11) Diese Formel ist $\frac{c}{w}\,(1-(1+w)^{-n})$. In ihr bezeichnet c die jährliche Rente, w den Bruch, den die jährlichen Zinsen im Vergleiche mit dem Capitale als einer Einheit bilden und n die Zahl der Jahre, auf welche reducirt wird.

12) Die Richtigkeit der in der vorigen Note angegebenen Formel ergibt sich schon daraus, daß, wenn man in einem Beispiele von dem gefundenen Resultate ausgeht und die aufkommenden Zinsen hinzurechnet, die zu zahlenden Renten aber abzieht, mit dem letzten Rententermine das Capital selbst erschöpft ist. S. Schrader a. a. O. S. 164, Note. — Diese Rechnungsweise paßt, wie bereits oben bemerkt worden, nicht zu den Hoffmann'schen Grundsätzen. Vgl. Zachariä a. a. O. S. 49.

minliche Zahlungen zu reduciren sind, die vollständigste Uebereinstimmung aller Resultate, mag man die einzelnen Zahlungen auf den gegenwärtigen Zeitpunkt reduciren und dann addiren, oder von dem zu jenen Zahlungen als Zinsen gehörigen Capitale die Zinsen und Zinseszinsen für den fraglichen Zeitraum und von diesem dann den gegenwärtigen Werth berechnen, oder endlich den Werth dieser Zahlungen durch die Note 11 angegebene Formel suchen.

Handelt es sich dagegen um die Frage, welche von diesen verschiedenen Methoden nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes den Vorzug verdiene, so kann für die Leibnitz'sche Methode kein gesetzliches Argument geltend gemacht werden. Denn, wenngleich der Rechtssatz, daß der Capitalwerth einer ewigen Rente dem 25fachen Betrage der Rente gleich sei[13]), sich nur aus der kaum erwähnten Formel für die Werthsberechnung der Zeitrenten ableiten[14]) und folglich nur mit der Leibnitz'schen Interusurienrechnung in Einklang bringen läßt[15]), so kann er doch für die Leibnitz'sche Methode nichts beweisen, da er schon aus der Wahrnehmung, daß bei dem Zinsfuße von 4 Procent mit 100 jährlich 4 als Rente gezahlt werden können, genügend erklärt, und nicht angenommen werden kann, daß die Principien der ohne den Gebrauch der Logarithmen kaum ausführbaren sogen. Leibnitz'schen Interusurienrechnung schon den römischen Juristen bekannt gewesen wären. Für die Carpzov'sche Methode spricht zwar der Umstand, daß sich Spuren der Anwendung derselben in den Rechtsquellen finden[16]), und daß die ganze Art und Weise, wie nach dem Obigen das Interusurium von den römischen Juristen behandelt wurde, so wie die geringe mathematische Bildung der römischen Juristen eine andere Methode nicht erwarten läßt; aber es kann dieß doch um deßwillen nicht bindend *für uns sein*, weil der Gebrauch jener Methode Seitens der römischen Juristen von der gesetzlichen Vorschrift, daß dieselbe zu befolgen sei, wohl zu unterscheiden ist, und jene Methode selbst unleugbar auf einem mathematischen Irrthume beruht. Die Hoffmann'sche Methode dagegen empfiehlt sich als die einfachste Correction des falschen Carpzov'schen Verfahrens. Denn der Fehler dieser Methode besteht darin, daß man, wie man bei der Rechnung auf die spätere Zeit die Zinsen hinzurechnet, bei der auf die frühere Zeit dieselben Zinsen abziehen zu dürfen geglaubt hat, und die Berichtigung dieser Methode ist mit der Erkenntniß gegeben, daß der frühere Werth eines später fälligen Capitales nicht durch den Abzug der Zinsen von diesem letzteren, sondern durch den Abzug der Zinsen von dem

---

13) L. 3. §. 2. D. ad legem Falcid. (35. 2.) vgl. mit Nov. 131. c. 12. S. Schrader a. a. O. S. 155 flg. Zachariä a. a. O. S. 56 flg.

14) Auf je mehr Jahre nämlich eine Rente ertheilt wird, um so kleiner muß der subtractive Theil der Formel $(1 + w)^{-n}$ werden; bei einer immerwährenden verschwindet er ganz und ergibt sich für sie der Ausdruck $\frac{a}{w}$.

15) Note 12 a. E.

16) L. 88. §. 3. D. ad legem Falcidiam. (35. 2.) Vgl. Schrader a. a. O. S. 152 flg. Ueber Ulpian., fragm. VI. §. 12 u. 13. vgl. Schrader a. a. O. S. 164 flg. und Zachariä a. a. O. S. 28 flg. u. S. 40 flg.

früheren Werthbetrage, oder mit anderen Worten durch eine, dem für die Reduction auf die spätere Zeit sich ergebenden Verhältnisse entgegengesetzte, Proportion zu finden sei. Die Hoffmann'sche Methode muß daher für die gesetzlich richtige erkannt und überall, wo nicht mehrere später fällige Zahlungen ihrer rechtlichen Natur nach als Renten anzusehen und daher nach der oben angegebenen Formel für die Werthsbestimmung der Zeitrenten zu berechnen sind, zur Anwendung gebracht werden, weil sie, die Hoffmann'sche Methode, auch das mit der von den römischen Juristen befolgten gemein hat, daß nur nach einfachen Zinsen gerechnet wird, und weil nur sie mit der von den römischen Juristen zuweilen vorgenommenen, auch mathematisch richtigen, Reduction auf die spätere Zeit[17]) übereinstimmt. Bei beiden Reductionen, der auf die frühere, so wie der auf die spätere Zeit muß nach denselben Grundsätzen gerechnet werden; denn es würde sonst, wenn z. B. wegen einer in fraudem creditorum zu früh gezahlten Forderung der Fälligkeitstermin dieser Forderung zur Zeit der Einklagung des Interusurium noch nicht eingetreten, für die Vergangenheit nach einfachen Zinsen, für die Zukunft nach Zinseszinsen gerechnet werden, wollte man die noch zu erhebenden Zinsen nach Leibnitz'schen Grundsätzen berechnen. Auch kann für die Hoffmann'sche Methode der allgemeine Grundsatz, daß stets nach einfachen Zinsen zu rechnen sei[18]), so wie analoger Weise das Verbot des Anatocismus beim Darlehn[19]), die Analogie mit den Verzugszinsen[20]) und endlich auch noch das geltend gemacht werden, daß, wollte man auch Zinseszinsen berechnen, gesetzlich bestimmt sein müßte, nach welchen Zinsterminen die Berechnung stattzufinden habe[21]).

Aus diesen Gründen wird denn die Hoffmann'sche Methode — wenn auch die Leibnitz'sche von einigen Rechtslehrern[22]) vertheidigt und selbst in einigen Ländern[23]) zur gesetzlichen erhoben worden ist — in den meisten der neueren Lehrbücher des heutigen römischen Rechtes für die gemeinrechtliche erklärt[24]). B—g.

Intervention (Interventio) **im Civilprozesse**[1]). **Geschichtliche Einleitung.** Die Lehre von der Intervention erhielt

17) L. 22. §. 2. D. ad SC. Trebell. (36. 1.) Vgl. Schrader a. a. O. S. 182 flg.
18) L. 15. D. de usuris. (22. 1.)
19) Vgl. Zachariä a. a. O. S. 15 flg.
20) Seuffert a. a. O. S. 147 flg.
21) Zachariä a. a. O. S. 23 flg.
22) Hommel, promtuarium iuris Bertochianum Tom. I. (Lips. 1777.) p. 931. Thibaut, System des Pandektenrechtes, 8. Ausg., §. 202.
23) So in Sachsen durch königl. Rescript vom 25. Oct. 1724, im Cod. Aug. II. Forts. Bd. 1, S. 319, und in Preußen durch ein Rescript an die Regierung zu Marienwerder d. d. Berlin, den 8. Sept. 1804, in Mathis jurist. Monatsschrift Bd. XI, S. 4.
24) Seuffert, Lehrb. des Pandektenrechtes Bd. 2, §. 234. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilrechtes, 4. Aufl., B. III, §. 20 (§. 200). Puchta, Lehrbuch der Pand. §. 216.
1) Hahn, de interventione. Helmst. 1659. Mauritius, de iure interventionis. Kil. 1669. Claproth, de interventione libellus. Gott.

nur allmälig durch Doctrin und Praxis die jetzige Gestalt. Die Intervention kam zuerst wohl nur in der Form vor, welche man jetzt die accessorische nennt. Für diese allein lieferte auch das römische Recht unbestreitbaren Stoff, so wie die Bezeichnung: intervenire[2]). Das eigene Interesse des Intervenienten an einer anhängig gemachten Rechtssache Anderer war der Grund und die Wahrung dieses Interesses der Zweck der Intervention. Der Intervenient mußte sich an die Partei anschließen, mit welcher sein Interesse an der Sache gemeinschaftlich war. Diese Partei hieß in Bezug auf den Intervenienten Principalis (sc. pars). Zeigte es sich, daß des Intervenienten Interesse mit dem der Principalis nicht gemeinschaftlich, sondern ein ganz separates, also ein solches war, welches jetzt zur Principalintervention berechtigen würde; so wurde er, besonders wenn zur Zeit der Intervention in der Sache die Exceptionshandlung bereits erfolgt war, zur Ausführung dieses Interesses ad separatam verwiesen. Der Intervenient mußte vor Allem sein Interesse wenigstens summarisch darthun. Er wurde sodann, ungeachtet er sich blos an die Principalis anschloß, als ein Kläger betrachtet, weil er von freien Stücken (ultro) vor Gericht auftrat, um sein eigenes Recht zu wahren. Hieraus folgerte man, daß er keine foribeclinatorischen Einreden vorbringen, wohl aber den Richter recusiren könne[3]). Wurde gegen die Principalis gesprochen und wollte diese nicht appelliren, so konnte der Intervenient auch allein appelliren und so ganz an die Stelle der Principalis treten. In diesem Falle sagte man, der Dritte appellire principaliter[4]). Hieraus entwickelte sich nun die principalis interventio, welche im angegebenen Sinne bei der Appellation keinem Zweifel unterliegen konnte, da das römische Recht ein solches principaliter appelliren ausdrücklich gestattet[5]). Es lag nun die Frage nahe, ob ein tertius nicht auch principaliter agere vel defendere könne? Gail[6]) beantwortet diese Frage in Bezug auf den Landesherrn dahin, daß dieser für seine Unterthanen in dem Falle, wenn die Klage oder Vertheidigung die Unterthanen allein interessire, nicht principaliter agere vel defendere könne, sondern hierzu einer Vollmacht bedürfe; er aber dann ohne

---

1763. Fresenius (pr. Malblanc), de interventione in iudicio, et speciatim de tertii appellatione atque effectu praeventionis circa eam. Tub. 1803. J. J. Fr. Lang, die Interventionen nach den Grundsätzen des gem. teutsch. Civilprozesses. Landsh. 1826. v. Gönner, Handb. des Proz. Bd. I, Abh. 18. Gensler, im Arch. für die civ. Prax. Bd. IV, S. 153 flg., und dessen Commentar zu Martin's Lehrbuch (Ausg. von Morstadt) Bd. II, S. 159 flg. Gesterding, Ausbeute u. s. w. Bd. V, Abth. I, Abh. 4. Danz, Grundf. des ord. Proz. (Ausg. von Gönner) §. 493 flg. Martin, Lehrbuch des bürg. Proz. (12. Ausg.) §. 303 flg. Linde, Lehrbuch des Civilproz. (5. Ausg.) §. 110 flg., und dessen Abhandlungen aus dem Civilproz. Bd. II, Abh. X.

2) Man s. z. B. L. 4. §. 4. D. de appell. (49. 1.)

3) Gail, lib. I. obs. 69—72.

4) Gail l. c. obs. 122. nr. 5.

5) Z. B. L. 4. §. 2—5. D. de appell. (49. 1.)

6) l. c. obs. 125.

Vollmacht für sie aufzutreten befugt sei, wenn er dabei, zwar nicht principaliter, doch aber per consequentiam interessirt sei. Konnte der Landesherr wegen seines Interesses einen Rechtsstreit für seine Unterthanen beginnen und durchführen, so mußte es ihm auch erlaubt sein, bei einem begonnenen Rechtsstreite derselben als Principalis dann einzutreten, wenn er dabei ein selbstständiges, von dem Rechte der Unterthanen unabhängiges Interesse hatte, und dieses selbstständig zu verfolgen.

Hermann Vultejus[7]) unterscheidet schon bestimmt interventio accessoria und principalis. Interventio ist ihm tertii pro suo interesse facta intercessio, quae fit vel assistendo alterutri ex litigantibus vel neutri. Er unterscheidet sodann, daß dieses Intercediren entweder sponte, auf Verlangen eines Theiles, jedoch ohne richterliche Citation, oder non sponte in Folge einer solchen, durch den Beklagten bewirkten Citation geschehe. Utrique, fährt er fort, assistit semper sponte sua, invitus nunquam, et vere haec propria est interventio, sicut et illa interventio, quae fit ad partis alterutrius instantiam: sed in illa interveniens suam causam duntaxat persequitur, in hac non tam suam quam alienam, unde illa principalis haec accessoria haud incommode dici possit. Hier findet sich, wie man sieht, auch schon die, später bestimmt angenommene, Unterscheidung zwischen freiwilliger und erzwungener Intervention. Dagegen ist davon, daß die interventio principalis auf die Entfernung des einen oder anderen streitenden Theiles gerichtet sei, bei Vultejus noch nicht die Rede. J. Herold[8]) unterscheidet ebenfalls zwischen freiwilliger und erzwungener Intervention, nennt aber nur die erstere wahre und eigentliche Intervention. Dagegen ist nach ihm, so wie z. B. nach Emerich v. Rosbach[9]) und Benedict Carpzov[10]) die interventio principalis im Gegensatze der accessoria diejenige, welche erfolgt ad impediendum et removendum agentem vel defendentem. Weitere besondere Grundsätze über die Principalintervention stellen diese Rechtslehrer noch nicht auf; ja sie scheinen bei diesem Verdrängen der einen oder anderen Hauptpartei hauptsächlich nur die Appellationsinstanz im Sinne zu haben, wie sich wenigstens aus ihrer Berufung auf Gail entnehmen läßt. Indessen war der Begriff der Principalintervention einmal in der Doctrin festgestellt, und es konnte die allgemeine Anwendung desselben, namentlich dessen Beziehung auf die erste Instanz nicht ausbleiben. Berger[11]) sagt schon ganz allgemein, daß man durch die Principalintervention die Ausschließung der einen oder anderen Partei bezwecke, und das von ihm angeführte Beispiel zeigt, daß er nicht mehr blos die Appellationsinstanz im Auge habe. Die Principalintervention in diesem Sinne hatte also lediglich den Zweck,

---

7) de iudiciis lib. III. c. VI.
8) Singul. observatt. ad processum etc. cap. XIII.
9) Praxis civilis etc. tit. XLVII., der jedoch im Begriffe abweicht. Man s. unten.
10) Praxis forensis P. I. const. III. def. XXX.
11) Oecon. iur. lib. IV. tit. XXVII.

den einen oder anderen streitenden Theil an der Fortsetzung des Prozesses zu hindern, und dadurch diesem selbst ein Ende zu machen, nicht aber auch den, daß nun der Intervenient selbst seinen etwaigen Anspruch auf die Sache durch eine besondere Klage geltend mache. Denn die Intervention konnte ja auch blos die Sachlegitimation der Parteien betreffen, diese als mangelhaft oder grundlos darstellen, und so den Streit hemmen. Deßhalb betrachtete man auch den Interventionsstreit in Bezug auf die Hauptsache als präjudiciell[12]). Wenn indessen der Intervenient auch den Beklagten entfernen und das Streitobject für sich erlangen wollte, so war eine Klage, insofern der Beklagte nicht freiwillig dem Verlangen des Intervenienten nachkam, gegen ersteren unvermeidlich. Der nächste und letzte Schritt, welcher nun in dieser Lehre gethan wurde, war, daß man die Principalintervention stets und wesentlich als eine Klage betrachtete. Vor Gönner ist jedoch diese Ansicht noch schwankend. Erst durch ihn wurde sie bestimmt ausgesprochen, durchgeführt und in der neueren Doctrin befestigt[13]). Dagegen behauptete in neuester Zeit Linde[14]), daß diese Principalintervention dem römischen Rechte zuwider und das, was man jetzt so nenne, als subjective Klagenhäufung aufzufassen sei. Da es ferner auch Fälle gibt, wo der zur Principalintervention berechtigte Dritte seinen Zweck auch ohne Klage durch bloßen Anschluß an eine Partei erreichen kann, so statuirte man für diese Fälle noch eine dritte Art, die gemischte Intervention, über deren Begriff und Zulässigkeit man aber nicht einig ist.

I. Begriff und Arten der Intervention.

Es ist bekannt, daß ein Rechtsstreit nur zwischen zwei Parteien stattfinden kann; daß also ein Dritter sich in einen solchen weder einmischen darf, da die streitenden Theile sich eine derartige Einmischung nicht gefallen zu lassen brauchen, noch dieses zu thun nöthig hat, da ein zwischen den Parteien gefällter Rechtsspruch, als eine res inter alios gesta, seine Rechte nicht berühren kann. Daher die Regel: die Einmischung eines Dritten in einen zwischen Anderen obschwebenden Rechtsstreit ist unstatthaft. Die Ausnahme von dieser Regel bildet nun die Intervention, die demnach in der Einmischung eines Dritten in einen fremden Rechtsstreit besteht. Es ist jedoch schwierig, einen solchen Begriff von ihr aufzustellen, welcher den Erfordernissen der Logik völlig entspricht. Denn er soll die beiden Hauptarten der Intervention, die principale und accessorische, umfassen, obgleich beide wesentlich von einander verschieden sind, indem die erstere eine neue Partei auf den Kampfplatz der bisherigen Parteien bringt, während die letztere dem einen der streitenden Theile einen Kampfgenossen gegen den anderen zuführt. Es kann daher das Ungenügende in den meisten Definitionen,

---

12) Mauritius l. c. §. 8. Gribner, princ. proc. iud. lib. I. cap. 7. sect. 1. §. 4. Schaumburg, princ. prax. iur. iud. lib. I. sect. 2. cap. 5. §. 1 u. 2.
13) Im Handb. a. a. O.
14) An den angef. Orten.

welche die Rechtslehrer von der Intervention aufstellen, gar nicht befremden. So besteht sie z. B. nach Gönner[15]) in der Handlung, durch welche diejenigen, die bei einem Rechtsstreite zweier anderen Parteien ein Interesse haben, an diesem sogleich Theil nehmen und dabei ihr Interesse verwahren, ohne einen neuen Rechtsstreit anzufangen. Allein er nennt nachher selbst die Principalintervention eine Klage, die sich ohne einen neuen Rechtsstreit nicht als möglich denken und sich daher auch nicht auf eine bloße Theilnahme an dem bereits anhängigen Prozesse beschränken läßt. Martin's[16]) Definition (Einmischung dritter Personen, als streitender Theile in einen zwischen Anderen fortdauernd rechtshängigen bürgerlichen Rechtsstreit) ist zwar sehr präcis, aber doch insofern nicht bestimmt genug, als die technische Prozeßsprache mit dem Ausdrucke: streitende Theile nur die Hauptparteien, nicht aber auch die einer derselben nur adhärirenden Personen bezeichnet[17]), die Definition also, streng genommen, die accessorische Intervention ausschließt. Umgekehrt begreift Linde's[18]) Definition (unaufgeforderte Theilnahme Dritter an einer eingeleiteten Rechtssache) die Principalintervention nicht in sich, welche er freilich auch gar nicht als begründet annimmt. Ferner fragt es sich, ob die Einmischung unaufgefordert erfolgen müsse, ob also das Prädicat unaufgefordert zum Begriffe der Intervention gehöre. Während viele Rechtslehrer[19]) diese Frage bejahen, verneinen andere[20]) dieselbe wenigstens indirect, insofern sie die Adcitation, die Litisdenunciation, ja manche sogar die nominatio auctoris, als Veranlassungsgründe der Intervention betrachten; weßhalb die ältere Doctrin, wie bereits erwähnt worden, zwischen freiwilliger und erzwungener (nothwendiger) Intervention unterschied[21]). Bedenkt man, daß die, in Folge der Adcitation und Litisdenunciation dem Streite beitretenden, Dritten niemals Intervenienten, sondern Adcitaten und Litisdenunciaten heißen und in den Acten auch durchgängig so bezeichnet werden; die nominatio auctoris aber gar keinen Beistand, sondern, als exceptio deficientis legitimationis ad causam passivae, das selbstständige Eintreten des Nominirten in die Stelle des ohne Fug verklagten Theiles bezweckt: so ist es, wenn die Theorie nicht unnöthigerweise mit der Praxis in Widerspruch gerathen und so Verwirrung veranlassen soll, gewiß am angemessensten, die Intervention auf die unaufgeforderte Einmischung,

---

15) Handb. a. a. O. §. 1.

16) Lehrb. §. 303.

17) Man s. Martin, Lehrb. §. 33.

18) Lehrb. §. 110.

19) Z. B. Hellfeld, iurispr. for. §. 531. Danz, Grunds. §. 495. Gönner a. a. O. §. 1. Heffter, Instit. des Civilproz. S. 530 u. 535. Linde a. a. O. und dort Note 4. Reinhardt, Handb. Bd. I, §. 86 u. a. m.

20) Z. B. Glück, Erläut. der Pand. Bd. VI, §. 531, S. 472. Martin a. a. O. §. 303 u. 306. Mühlenbruch, Entw. des Civilproz. S. 163. Rudorff, Grundr. zu Vorles. über Civilproz. S. 39 u. a. m.

21) Man s. Gensler, im Arch. Bd. IV, Nr. 25, S. 176 flg.

also auf solche Dritte zu beschränken, welche die Praxis ausschließlich Intervenienten nennt. Man kann demnach die Intervention diejenige gerichtliche Handlung nennen, vermöge welcher ein Dritter, zur Wahrung seiner durch einen zwischen Anderen rechtshängigen Civilrechtsstreit bedrohten Rechte, in diesen, als neue Partei oder als Beistand eines der streitenden Theile, sich unaufgefordert einmischt.

Aus diesem Begriffe ergeben sich die Arten der Intervention von selbst. Sie ist nämlich entweder Principal- (Haupt-) oder Neben- (accessorische) Intervention (i. principalis vel accessoria), je nachdem der Intervenient sein Recht als selbstständige Partei oder nur durch Unterstützung eines der streitenden Theile zu wahren beabsichtigt. Eine dritte Art, eine sogen. gemischte Intervention (i. mixta), gibt es in Wahrheit nicht, wie unten gezeigt werden soll. Die früher ziemlich allgemein angenommene Abtheilung der Principalintervention in die eigentliche (i. pr. proprie sic dicta, auch regularis) und uneigentliche (i. pr. anomala, impropria, irregularis, auch mixta), je nachdem der Principalintervenient beide streitenden Theile ausschließen, oder ein mit dem einen derselben ihm gemeinschaftliches Recht verfolgen will (das Streitobject ganz oder nur theilweise in Anspruch nimmt)[22]), ist ohne haltbares Fundament und völlig nutzlos. Dasselbe gilt von der bei älteren Rechtslehrern vorkommenden Eintheilung der Intervention in die gerichtliche und außergerichtliche (i. iudicialis et extraiudicialis), indem bei den Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, auf welche man die letztere bezog, keine Intervention, sondern höchstens eine Protestation Platz greifen kann. Daß endlich nach der von uns gebilligten Ansicht von dem Wesen der Intervention diese nicht in die freiwillige und erzwungene zerfallen könne, versteht sich von selbst. Schließlich ist, der Vollständigkeit wegen, die von Linde[23]) aufgestellte Eintheilung der von ihm allein für begründet gehaltenen Nebenintervention schon hier zu erwähnen, wornach diese in die adhärirende (accessorische), principale und gemischte zerfällt, je nachdem der (accessorische) Intervenient sich mit einem der streitenden Theile vereinigt, oder allein und selbstständig den Prozeß fortsetzt, im wesentlichen aber immer zugleich das wahre Interesse des einen streitenden Theiles, mit welchem das Interesse des Intervenienten innig verbunden sein muß, verfolgt, oder endlich successiv in beiden Formen streitet.

II. Allgemeine Grundsätze über Intervention.

1) Die Fähigkeit zu interveniren ist nach den allgemeinen Erfordernissen der persona standi in iudicio zu beurtheilen. 2) Wer inter-

---

22) Man s. z. B. Glück a. a. O. S. 474 flg. Thibaut, Pand. (5. Ausg.) §. 1273. C. Heimburg, de interventione anomala. Jen. 1756. Gensler, im Arch. Bd. IV, S. 156 flg. Vgl. Gesterding a. a. O. §. 12, S. 164 flg.

23) In seiner Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. V, S. 420 flg.

veniren will, muß sich stets durch Anführung und nöthigenfalls Bescheinigung des Grundes, worauf er die Befugniß zu interveniren stützt, zur Intervention sächlich (ad causam) activ und passiv legitimiren. Der Grund muß in Bezug auf die intendirte Art der Intervention nach den obwaltenden besonderen Verhältnissen und den hierauf einschlägigen Rechtsgrundsätzen genügend, d. h. so beschaffen sein, daß er den Dritten zu der beabsichtigten Intervention berechtigt und folglich auch beide streitenden Theile verpflichtet, sich dieselbe gefallen zu lassen. Diese Legitimation oder Feststellung der Statthaftigkeit der Intervention wird stets ein kurzes Vorverfahren (gleichsam einen Interventionsprozeß) veranlassen, welches mit der gerichtlichen Entscheidung darüber: ob die Intervention stattfinde, oder nicht, endigt[24]). Ob gegen ein die Intervention zurückweisendes Decret die Berufung zulässig sei, ist nach der Beschaffenheit der Hauptsache zu beurtheilen. Sie wird nur in dem Falle zu gestatten sein, wenn diese gesetzlich appellabel ist; wobei es sich von selbst versteht, daß auch die Appellationsbefugniß der Parteien gegen die für statthaft erkannte Intervention nach denselben Grundsätzen zu bemessen ist. 3) Die Intervention findet bei allen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, insofern sie nicht blos den jüngsten Besitz betreffen, statt. Der Rechtsstreit muß aber bereits begonnen haben; weßhalb man bei blos vorbereitenden Gesuchen nicht interveniren kann[25]). 4) Sie muß, ihrem Begriffe zufolge, stets bei dem (ordentlichen oder commissarischen) Richter der Hauptsache erfolgen[26]).

III. Die einzelnen Arten der Intervention insbesondre:

A. Die Principalintervention.

a) Begriff und gesetzliche Statthaftigkeit.

Es ist aus der geschichtlichen Einleitung bekannt, daß die älteren Rechtslehrer einen beschränkteren Begriff von der Principalintervention aufstellten, als die neueren. Nach jenen bezweckte sie die Verhinderung der angestellten Klage. Sie trat also in solchen Fällen ein, wo dem Intervenienten das Klagerecht primo loco gebührte, und ihm darum die Befugniß zustand, ja, wenn er nicht in Nachtheil gerathen wollte, sogar die Nothwendigkeit oblag, den Kläger an der Fortsetzung der Klage zu hindern; was sich unter derselben Voraussetzung auch auf die defensio, wenn nämlich diese ihm zunächst oblag, bezog. Denn intervenirte er in solchen Fällen nach erlangter Kenntniß von dem Rechtsstreite nicht, so war das in diesem gefällte Urtheil auch ihm nachtheilig[27]). Durch die Entfernung des Klägers wurde die Fortsetzung we-

---

24) Danz a. a. O. §. 495. Glück a. a. O. S. 476. Gensler, im Archiv a. a. O. S. 160 flg. und Commentar S. 200 flg.

25) Danz a. a. O. §. 496. Glück a. a. O. S. 477. Martin a. a. O. §. 303.

26) Danz a. a. O. §. 494. Glück a. a. O. Martin a. a. O.

27) Z. B. L. 63. D. de re iud. (42. 1.): Scientibus sententia, quae inter alios dicta est, obest, cum quis de ea re, cuius actio

gen Mangels der Sachlegitimation desselben ganz gehemmt; und wollte der Intervenient den Streit fortsetzen, so mußte er selbst Klage erheben, wodurch nur ein einfacher Rechtsstreit zwischen ihm und dem vorigen Beklagten entstand. Bei der Entfernung des Beklagten wegen mangelnder passiver Sachlegitimation konnte dagegen nur die Wirkung eintreten, daß nun der Intervenient als einziger Beklagter dem bisherigen Kläger gegenüberstand. Das in der geschichtlichen Einleitung erwähnte principaliter appellare des accessorischen Intervenienten gehört natürlich gar nicht hierher. Wollte aber der Intervenient den Kläger und Beklagten zugleich verdrängen[28]), so war dieß begreiflich nicht anders möglich, als daß er gegen den letzteren zugleich eine Klage erhob, obwohl die Aelteren davon, daß mit der Intervention eine Klage zu verbinden sei, oder jene selbst in einer Klage bestehe, gänzlich schweigen; und wenn sie, wie erwähnt worden, den Intervenienten als Kläger betrachteten, so geschah dieß aus einem anderen, oben angegebenen, Grunde, und kam dieß Prädicat auch, ja anfangs allein, dem accessorischen Intervenienten zu.

Die neueren Rechtslehrer fassen dagegen die Principalintervention durchgängig als Klage auf. Der Sache nach kommt diese Ansicht z. B. schon bei Brunnemann und Ludovici vor[29]), obwohl sie dieß noch nicht begrifflich aussprechen, sondern bei der Begriffsbestimmung blos sagen, daß der Intervenient ein ganz besonderes Recht prätendire, oder, wie noch Biener[30]) sagt, ein vorzüglicheres Recht oder einen Vorzug vor dem Kläger oder dem Beklagten oder vor beiden behaupte. Nach Glück[31]) will der Principalintervenient sein *eigenes*, von dem Interesse der streitenden Theile ganz verschiedenes Recht durchsetzen. Erst Gönner[32]) spricht ganz bestimmt aus: *die Principal-*

---

vel defensio *primum* sibi competit, *sequentem* agere patiatur. Veluti si creditorem experiri passus sit debitor de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dotem acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emptae... cur autem his quidem scientia nocet, superioribus (den im ersten Theile der L. genannten) vero non nocet? Illa ratio est: quod qui scit suum coheredem agere, prohibere eum, quo minus uti velit, propria actione, vel defensione utatur, non potest; is vero, qui priorem dominum causam defendere patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei, quamvis inter alios indicatae, submovetur, quia ex voluntate eius de iure, quod ex persona agentis habuit, indicatum est. Man s. auch Gesterding a. a. O. §. 5, S. 139 flg.

28) de Rosbach l. c.: Principaliter, eum intervenientem ius et interesse omnium maxime concernit, pro quo ad impediendum ac removendum agentem et defendentem intervenit.

29) Brunnemann, proc. civ. cap. 13. nr. 2 u. 15. Ludovici, Einl. zum Civilproz. Cap. XXXVII.

30) Syst. proc. iudic. lib. V. cap. 2.

31) A. a. O. S. 474. Man s. auch Danz a. a. O. §. 493, und Claproth, ord. Proz. §. 445 vgl. mit §. 450.

32) Handb. a. a. O. §. 3. Man s. auch Heffter, Instit. S. 533, §. 3.

Intervention ist Klage, welche bei einem schon vorhandenen Rechtsstreite angebracht wird. So auch Martin[33]): die Hauptintervention ist als eine ganz neue Klage, welche entweder wider beide bisherige Parteien oder wenigstens gegen den bisherigen Kläger gerichtet ist, zu betrachten. Allein die Principalintervention ist nicht blos eine neue oder besondere Klage, sondern als Intervention zugleich eine Bestreitung des, vom bisherigen Kläger durch die Geltendmachung behaupteten Klagerechtes. Denn die Einklagung eines, von einem Anderen bereits durch eine Klage in Anspruch genommenen Rechtsgegenstandes läßt sich als wirksam und erfolgreich nur denken, wenn a) die bereits angestellte Klage als im Verhältnisse zu der neuen unstatthaft oder grundlos, und b) die neue Klage als begründet dargethan wird. Da beides zum Wesen der Principalintervention gehört, so muß auch beides in den Begriff derselben aufgenommen werden. Sie ist daher diejenige Intervention, durch welche der Intervenient den im Streite befangenen Gegenstand durch eine, den bisherigen Kläger ganz oder doch theilweise ausschließende, Klage ganz oder theilweise in Anspruch nimmt. Aus diesem Begriffe folgt, 1) daß die Principalintervention stets gegen beide bisherigen Parteien gerichtet sei. Dieß ist jedoch bestritten. Während nämlich schon Ludovici[34]) die Sache richtig ansah, und unter den Neueren z. B. Gönner, v. Epplen, v. Grolman, Reinhardt und Andere[35]) in gleichem Sinne sich aussprachen, sucht Martin[36]) auszuführen, daß die Principalinterventionsklage auch gegen den Kläger allein gerichtet sein könne, worin ihm Mittermaier[37]) gleichfalls beistimmt. Allein eine selbstständige Klage auf Verhinderung oder Nichtgeltendmachung des von einem anderen behaupteten Klagrechtes, oder auf den Vorzug des Klagens gibt es nicht, und das von Martin angeführte Beispiel, wornach der erste Hypothekargläubiger die ältere Hypothek gegen den zweiten Hypothekargläubiger, der den Schuldner actione hypothecaria belangt hat, in der Executionsinstanz nur insoweit geltend macht, daß dieser die verpfändete Sache nicht in den Besitz bekomme, enthält nur eine accessorische Intervention, indem der erste Hypothekargläubiger hier blos dem Beklagten beisteht, mithin gar keine Klage anstellt, welche hier nur die actio hypothecaria sein, und als solche nicht gegen den Kläger, sondern nur gegen den Schuldner gerichtet werden könnte[38]). Es ist 2) keine Principalintervention vorhanden,

33) Lehrb. §. 304, und in seinem Magazin Bd. I, S. 150 flg. Man s. auch Claproth, ord. Proz. §. 450.

34) Einl. zum Civilproz. Cap. XXXVII, §. VI: Bei dieser Principalintervention bekommt der Intervenient zweene Feinde auf den Hals u. s. w.

35) Gönner, Handb. a. a. O. §. 5, Nr. 12. v. Epplen, in Martin's Magazin Bd. 1, S. 180. v. Grolman, Theorie des ger. Verf. §. 158a, S. 243. Reinhardt, Handb. Bd. I, §. 87. Glück a. a. O. S. 474. Morstadt, Materialkritik S. 332.

36) Im Magazin Bd. I, S. 150 flg.

37) Im Arch. für die civ. Prax. Bd. II, S. 259.

38) Man s. Morstadt a. a. O.

wenn der Intervenient blos den bisherigen Kläger an der Fortsetzung der Klage im Sinne der älteren Rechtslehrer zu hindern sucht, indem er in diesem Falle nur den Beklagten unterstützt, also accessorisch intervenirt. Es fehlt ferner 3) an einer solchen, wenn der Dritte mit einer Klage, welche neben der des bisherigen Klägers bestehen kann, einen von diesem nicht in Anspruch genommenen Theil am Streitobjecte, oder ein anderes Recht an demselben verfolgt; denn hier ist gar keine Intervention vorhanden, z. B. der Kläger nimmt blos die Proprietät, und der Dritte nur den Ususfructus in Anspruch[39]). Es ist 4) Principalintervention, wenn der Dritte blos behauptet, daß das vom Kläger ganz in Anspruch genommene Object ihm theilweise gebühre, indem er das Klagerecht des Klägers wenigstens in Bezug auf den ihm gebührenden Theil bestreitet. Ebenso ist 5) eine Principalintervention vorhanden, wenn der Dritte gegen die in einem Theilungsprozesse begriffenen Parteien auftritt, und den Theilungsgegenstand für sich allein in Anspruch nimmt, indem hier die Klage gegen beide Parteien, als nunmehrige Beklagte, gerichtet und zugleich das Recht, auf Theilung zu klagen, beiden Theilen streitig gemacht wird[40]). Ueberhaupt setzt die Principalintervention, außer einem bereits anhängigen Rechtsstreite, noch die Identität des Streitgegenstandes voraus, d. h. die Ansprüche des Principalintervenienten müssen qualitativ die nämlichen, wie die des Klägers, und bei den iudiciis divisoriis dieselben, wie die beider Parteien sein. Daß sie auch quantitativ dieselben seien, ist nicht erforderlich; nur darf die Intervention nicht blos einen solchen Theil des Streitobjectes betreffen, welcher vom bisherigen Kläger gar nicht in Anspruch genommen wird, wie bereits bemerkt worden ist, weil in diesem Falle der Dritte nicht gegen beide Parteien aufträte[41]).

Was die gesetzliche Statthaftigkeit der Principalintervention betrifft, so unterliegt dieselbe nach Doctrin und Praxis zwar keinem Zweifel; ob aber das römische Recht die Principalintervention in ihrer heutigen Gestalt kenne, ist eine Frage, worüber die Rechtslehrer nicht einig sind. Während nämlich alle Rechtslehrer, welche die Principalintervention für gesetzlich zulässig halten, sich zur Begründung derselben auf römische Gesetzstellen berufen, behauptet z. B. Gesterding[42]), daß das römische und canonische Recht von einer Intervention, die im Laufe des Streites als eine zweite Klage gegen den Beklagten angebracht würde, nichts wisse, und ist Linde im Lehrbuche[43]) der Meinung, daß die Principalintervention sogar den klaren Gesetzen[44])

---

39) And. Mein. ist Heffter, Instit. S. 530, Lit. A. a. vgl. mit S. 533, §. 2.

40) Vgl. Reinhardt a. a. O. Nr. 2.

41) Reinhardt a. a. O. Nr. 1 und Note 2.

42) Ausbeute a. a. O. Bd. V, Abth. I, S. 142.

43) §. 111, Nr. I a. E.

44) Er führt an: L. 14. D. de noxal. act. (9. 4.), L. 10. D. de pecul. (15. 1.), L. 57. D. de hered. petit. (5. 3.) und L. 57. D. de rei vind. (6. 1.), und prüft diese Stellen in den Abhandlungen Bd. II, S. 153 flg.

widerspreche; er berichtigt jedoch diese Ansicht in den Abhandlungen[45]) dahin, daß er keineswegs leugne, daß ein Anspruch auf dem Wege, den man Principalintervention nenne, geltend gemacht werden könne, sondern nur in Abrede stelle, daß diese Rechtsverfolgung nach den Grundsätzen der Intervention beurtheilt werden dürfe, indem derselben vielmehr immer der Gesichtspunkt der subjectiven Klagenhäufung zum Grunde liege. Diese Ansicht hat bereits Widerspruch gefunden[46]), und läßt sich auch, selbst abgesehen von dem Streite über die Statthaftigkeit der subjectiven Klagehäufung[47]), deßhalb nicht rechtfertigen, weil die Principalintervention selbst, richtig aufgefaßt, nur Eine Klage gegen den bisherigen Beklagten, nicht aber auch eine solche gegen den bisherigen Kläger enthält, dessen Klagerecht sie nur bestreitet; die bereits anhängige Klage aber mit der Interventionsklage darum keine subjective Klagenhäufung begründet, weil sie nicht mit der letzteren in Einem Libelle vereinigt ist, und überdieß die Principalintervention die Zulässigkeit der ersten Klage bestreitet. Zudem würde der Gesichtspunkt der subjectiven Klagehäufung nicht einmal für alle Fälle der Principalintervention ausreichen, wie z. B. nicht für den Fall, wo der Intervenient den, in einem Theilungsprozesse befangenen, Gegenstand für sich allein in Anspruch nimmt. Das folgende, von Linde[48]) für seine Ansicht angeführte, Beispiel ist nicht geeignet, diese zu begründen oder zu belegen. A. stellt gegen B. die hypothekarische Klage an; nun meldet C. zu dem schon anhängigen Prozesse gleichfalls eine hypothekarische Klage an, und behauptet, besseres Pfandrecht zu haben als A. Dieser A. leugnete weder die Forderung des C. noch ein Pfandrecht, sondern nur, daß dieses vorgehe; B. hingegen leugnete Forderung und Pfandrecht, räumte aber eventuell sogar ein, daß, die Begründung der Forderung und des Pfandrechtes vorausgesetzt, dieses dem Pfandrechte des A. vorgehe. Denn es ist unrichtig, wenn Linde annimmt, daß die teutschen Gerichte die Klage des Hauptintervenienten C. gegen beide bisherigen sogen. Hauptparteien richten lassen würden, da, wie von selbst einleuchtet, die Hypothekarklage des Intervenienten C. nur gegen den Schuldner B. statthaft ist, und ein Hypothekargläubiger doch wahrlich nicht gegen einen anderen mit der Hypothekarklage auftreten kann. Was der C. hier gegen den A. thut, ist blos ein Bestreiten der Wirksamkeit der von ihm angestellten Klage, indem diese seiner, als sich auf ein besseres Pfandrecht stützenden, Klage nachstehen müsse. Der A. hat sich daher auch nicht über die Schuldforderung des C., die nicht von ihm verlangt wird, und somit ihn, als eine res aliena, gar nichts angeht,

---

45) A. a. O. S. 148 flg.

46) Martin, Lehrb. §. 303, Note *). C. A. Gottschalk, selecta disceptatt. forens. capita, Tom. II. p. 143. (ed. 2.) Lauk u. Zu-Rhein, Beitr. zur Gesetzgeb. und pract. Jurisprud. Bd. II, S. 248 flg. Lang a. a. O. §. 3, Nr. 12.

47) Man s. Martin, Lehrb. §. 147, vgl. mit Müller, in Linde's Zeitschr. für Civilr. und Proz. Bd. I, S. 308 flg.

48) Abhandl. a. a. O. S. 164.

zu erklären, sondern blos den ihm streitig gemachten Vorzug der Hypothek zu vertheidigen, worin ihn B. allerdings durch Bestreitung der Hypothek und des Vorzuges des C. unterstützen kann. Stellt also C. hier nur Eine Klage an, so kann von einer subjectiven Klagenhäufung auch nicht die Rede sein. Das römische Recht, um auf dieses zurückzukommen, gebraucht den Ausdruck intervenire bemerktermaßen nur von der jetzt sogen. accessorischen Intervention. Von einer Principalintervention im heutigen Sinne ist in demselben ausdrücklich nichts enthalten, aber auch kein Verbot, oder eine jener zuwiderlaufende Vorschrift darin zu finden. Es macht im Gegentheile viele Fälle namhaft, bei welchen dasselbe Verhältniß obwaltet, wie bei der heutigen Principalintervention, daß nämlich ein bereits in einem Rechtsstreite befangener Gegenstand im Laufe desselben von einem Dritten ebenfalls durch eine Klage in Anspruch genommen wird [49]; das Verfahren in den beiden Prozessen bleibt aber getrennt und ohne gegenseitigen Einfluß auf einander. Nur auf die Execution des zuerst entschiedenen Streites hat der noch anhängige Prozeß die Wirkung, daß der in jenem besiegte Beklagte den Sieger blos gegen Caution zu befriedigen verbunden ist [50]. Es kommen jedoch im römischen Rechte auch Fälle vor [51], in denen, wenn auch das Verfahren selbst nicht näher angegeben ist, der sich einmischende Dritte mit der Klage die Bestreitung der ersten Klage verbunden, also ein der heutigen Principalintervention gleiches Verhältniß und Verfahren obgewaltet zu haben scheint. Wenn nämlich in dem Falle der L. 34. D. sol. matrim. die Tochter mit der Klage auf die dos gegen ihren getrennten Ehegatten auftrat, nachdem ihr Vater gegen diesen mit derselben Klage bereits vorher die dos eingeklagt hatte; so konnte sie es wohl nicht anders thun, als daß sie zugleich das Klagerecht des Vaters aus dem doppelten Grunde anfocht, daß sie nicht mehr in seiner Gewalt sei und auch zu seiner Klageerhebung nicht zugestimmt habe. Es geht aus der Stelle, wie Linde und Gesterding [52] bemerken, zwar nicht hervor, daß der Vater wirklich geklagt habe; man kann aber gleichwohl nicht in Abrede stellen, daß dieß hätte der Fall sein können. Daß der Fall practisch vorgekommen sei, dürfte sich schon daraus ergeben, daß die Stelle aus den Quästionen des Africanus genommen ist, der, gleich den übrigen römischen Rechtsgelehrten, gewiß nur in practischen Fällen responsa zu ertheilen pflegte. Der Umstand, daß in diesem Falle, der Natur der Sache gemäß, der Hauptstreit solange ruhte, bis die Präjudicialfrage über den in concreto berechtigten

49) Z. B. L. 57. D. de hered. pet. (5. 3.), L. 5. 7. D. de R. V. (6. 1.), L. 9. §. 8. u. L. 10. D. de pecul. (5. 1.), L. 14. pr. D. de noxal. act. (9. 4.), L. 5. §. 19. u. L. 7. pr. D. de tributor. act. (14. 4.), L. 8. §. 1. D. de liberal. caus. (40. 12.) u. s. w.

50) Man s. Glück a. a. O. Bd. VIII, S. 226, Note 56. Heise u. Cropp, jurist. Abhandl. Bd. I, S. 243 flg.

51) Z. B. L. 63. D. de re iud. (42. 1.), L. 34. D. sol. matr. (24. 3.)

52) Linde, Abhandl. a. a. O. S. 151. Gesterding a. a. O. S. 138.

Kläger entschieden war[53]), that dem Begriffe der Principalintervention eben so wenig Abbruch, als es diesem schadete, daß das Bestreiten der ersten Klage bloß die Sachlegitimation betraf[54]), da ein solches Präjudicialverhältniß, das auch heutzutage häufig obwaltet, nur eine Folge der besonderen Anwendung des, im Begriffe der Principalintervention liegenden, allgemeinen Rechtes, die erste Klage zu bestreiten, ist, und dieser Begriff, eben weil er jede Art, die erste Klage anzufechten, zuläßt, den gegen die Sachlegitimation des ersten Klägers gerichteten Angriff nicht ausschließt. Ein ähnliches Bestreiten der angestellten ersten Klage machten die Fälle in der L. 63. D. de re iud. nothwendig, in welchen dem intervenirenden Dritten das Klagrecht primo loco zustand, und dieser nicht blos den ersten Streit hemmen, sondern selbst klagen wollte. Aus diesen Fällen ergibt sich zugleich gegen Linde[55]), daß die Einmischung eines Dritten allerdings auch nach römischem Rechte einen Einfluß auf den Fortgang des ersten Prozesses herbeiführen konnte. Uebrigens wird das bei dieser Art des Intervenirens jetzt übliche, gleichzeitige und wechselseitige Verfahren in beiden Prozessen — die jedoch nie zu Einem Prozesse gemacht werden[56]) — abgesehen vom römischen Rechte, schon durch die dem teutschen Rechte, das vor jenem ohnehin, zumal im Prozesse, stets den Vorzug hat, eigene Eventualmaxime vollkommen gerechtfertigt.

b) Rechtliche Grundsätze.

1) Die Haupt- oder Principalintervention ist als Klage an das Dasein aller Erfordernisse gebunden, welche überhaupt die Anstellung einer Klage bedingen, und daher hinsichtlich ihrer Begründung und Zulässigkeit gerade so zu beurtheilen, wie sie auch in dem Falle beurtheilt werden müßte, wenn das Interventionsverhältniß gar nicht vorhanden wäre. Es versteht sich sonach von selbst, daß jede auf ein gegenwärtiges, klagbares Recht sich stützende Klage, deren sofortiger Anstellung mithin kein rechtliches Hinderniß entgegensteht, auch als Interventionsklage zulässig ist[57]). 2) Da demnach der Principalintervenient hinsichtlich der von ihm zu erhebenden Klage als Kläger erscheint, und als solcher nur nach seinem eigenen Klagerechte zu beurtheilen ist, so kann der bereits anhängige Rechtsstreit auf die Beurtheilung und Beantwortung der Frage, ob er klagend interveniren dürfe? keinen rechtlichen Einfluß haben. Denn die Anstellung einer an sich rechtlich begründeten Klage kann durch das Verhältniß, in welches sich Dritte zu dem durch sie zu verfolgenden Rechtsgegenstande etwa gesetzt haben, namentlich auch dadurch nicht gehemmt werden, daß ein Anderer auf denselben Gegenstand bereits gerichtlichen Anspruch erhoben hat. Hieraus folgt, daß der Interventionskläger auch nicht nöthig habe, neben der

53) Heffter, Instit. S. 534.
54) And. Mein. ist Linde a. a. O.
55) Abhandl. a. a. O. S. 150.
56) And. Mein. scheint Heffter (Instit. S. 533, §. 2) zu sein.
57) Man vgl. Gönner a. a. O. §. 3, Nr. 4.

Begründung der Klage auch noch ein mit der Hauptsache (dem bereits anhängigen Rechtsstreite) in solcher Verbindung stehendes Interesse anzuführen und zu bescheinigen, daß er die Fortsetzung der Hauptsache ohne eigenen Nachtheil nicht gestatten könne[58]). Denn wie jede Klage, so trägt auch die Interventionsklage die Berechtigung zu ihrer Geltendmachung in sich, und der Kläger ist nicht verbunden, die besonderen Motive anzugeben, welche ihn bewogen haben, die Klage gerade jetzt anzustellen. Die Rechtslehrer, welche das Gegentheil behaupten, verkennen den eigenthümlichen Charakter der Principalintervention als einer Klage, welche sie, wie z. B. Martin, in dieser Verkennung sogar auch gegen den bisherigen Kläger allein anstellen lassen, obwohl gegen diesen der Principalintervenient keine Klage hat, da er das Object, welches der bisherige Kläger selbst erst von dem bisherigen Beklagten zu erlangen strebt, wahrlich nicht von diesem Kläger, dem Nichtbesitzer desselben, klagend fordern kann. Die von Martin angeführten Gesetze[59]) beweisen seine Behauptung nicht, indem die, nach dem ersteren noch in der Executionsinstanz wegen des von den Parteien nachgewiesenen Interesses für zulässig erklärte, Zeugenvernehmung nicht von der Principalintervention, noch weniger von den Erfordernissen zur Begründung der interveniendo geltend zu machenden Klage spricht; das zweite aber einen Fall berührt, in welchem der bereits verklagte Erbe auf eine interrogatio in iure nicht verbunden ist, sich über seine Erbenqualität zu erklären, also von dem, was der intervenirende Kläger zur Begründung seines interveniendo geltend zu machenden Klagrechtes zu thun habe, gar nicht handelt. 3) Da die Berechtigung zur Principalintervention in dem völlig begründeten Klagrechte selbst liegt, und dieses zu jeder Zeit geltend gemacht werden kann, so leuchtet es ein, daß diese Geltendmachung auch nicht von dem Stadium, in welchem sich der erste Rechtsstreit befindet, abhängig, sondern die Principalintervention in jedem Abschnitte desselben zulässig ist[60]). So zweifellos dieß im allgemeinen ist, so muß man doch verschiedene Fälle unterscheiden, da diese Intervention nicht blos Klage, sondern auch Bestreitung des Klagrechtes des bisherigen Klägers, letztere aber nicht in jedem Stadium des früheren Prozesses möglich ist. a) So lange dieser in der ersten Instanz schwebt, das Urtheil also noch nicht erfolgt ist, hat die Statthaftigkeit der Intervention kein Bedenken, da der Begriff derselben bei ihrem Eintritte stets und auch dann vorhanden ist, wenn der bisherige Kläger, welcher das Streitobject ganz in Anspruch genommen hat, nun nach erfolgter, nur auf einen Theil desselben gerichteten, Intervention sich dem Intervenienten, dessen Rechtsanspruch aner-

---

58) Gönner a. a. O. Nr. 5 u. 6. Reinhardt a. a. O. Nr. 3. And. Mein. ist z. B. Martin, Lehrb. §. 304 und die dort Note c Angef., und Gensler, im Arch. a. a. O. S. 161, §. 4, Nr. 1.

59) Cap. 38. X. de testib. (2. 20.) und L. 6. §. 1. D. de interrogat. (11. 1.)

60) Danz a. a. O. §. 498. Gönner a. a. O. Nr. 6. Martin a. a. O. §. 304.

kennend, als Streitgenosse anschließt[61]). Denn des Klägers Klagrecht wurde wirklich theilweise bestritten, und es ändert an der Sache nichts, daß derselbe nachher das in Ansehung des in Anspruch genommenen Theiles behauptete bessere Recht des Intervenienten freiwillig und ohne Widerrede anerkennt. Dieses hat lediglich auf das folgende Verfahren Einfluß, welches sich in Folge der Intervention auch so gestalten kann, daß der bisherige Kläger und Beklagte sich gegen den Intervenienten vereinigen, und mit Aussetzung ihres bisherigen Streites vorerst diesen Interventionsangriff gemeinschaftlich zu vereiteln suchen. b) Befindet sich der Streit schon in der zweiten Instanz[62]), so leuchtet es von selbst ein, daß die Principalintervention in dieser Instanz nicht stattfinden könne, da jede Klage stets bei dem Richter erster Instanz angebracht werden muß, und daß, wenn er bei diesem Richter wirklich intervenirt, eben so wenig ein Simultanverfahren in beiden Rechtssachen möglich sei, da beide in verschiedenen Instanzen verhandelt werden. Ob aber in einem solchen Falle mit Erfolg intervenirt werden könne, das hängt von der Beschaffenheit der Interventionsklage ab. Es läßt sich nämlich ein solcher Erfolg nur dann erwarten, wenn die Interventionsklage zu der ersten Klage in einem Präjudicialverhältnisse steht, indem der Intervenient in diesem Falle um die Sistirung des Hauptstreites bis zum Ausgange der Interventionsklagsache nachzusuchen befugt ist[63]). Waltet hingegen ein solches Verhältniß nicht ob, so steht zwar der Anstellung der neuen Klage, dem angeführten Grundsatze gemäß, kein Hinderniß entgegen; die zugleich beabsichtigte Bestreitung des Klagrechtes des ersten Klägers kann aber kein, hierauf bezügliches, besonderes Verfahren mehr bewirken, also auch den bereits erstrichterlich entschiedenen Streit nicht hemmen, der vielmehr unabhängig von der zweiten Klage fortgesetzt und beendigt wird. Ja es kann umgekehrt dieser die Fortsetzung des zweiten insofern hemmen, als die Frage, wer in diesem der Beklagte sein soll, von dem Ausgange des ersten Prozesses in dem Falle abhängt, wo es dem besiegten Beklagten freisteht, das ihm abgesprochene Object an den Sieger gegen die Verbindlichkeit herauszugeben, daß dieser die Vertheidigung gegen die neue Klage übernehme, oder diese Herausgabe nur gegen Caution zu bewerkstelligen und dann selbst sich gegen die zweite Klage zu vertheidigen, oder sich mit dem Sieger zu dieser Vertheidigung zu verbinden[64]); es sei denn, daß der neue Kläger die Herausgabe des Streitgegenstandes an den Sieger aus besonderen Gründen zu verhindern vermag, was er in dem Falle, wenn der Beklagte, ohne Rücksicht auf den ersten Streit, sich auf die neue

---

61) Man s. Heffter, Instit. S. 534, §. 3 a. E. — Sogenannte interv. anomala, man s. oben.

62) Es versteht sich hinsichtlich des Hauptstreitpunktes; denn Appellationen gegen einfache, vor dem Endurtheile erlassene Decrete kommen gar nicht in Betracht, da die Sache selbst so lange bei der ersten Instanz verbleibt, als nicht in dieser das Endurtheil gefällt und durch Berufung wirksam angefochten ist.

63) v. Grolman a. a. O. §. 158a, A. Nr. 2.

64) Heise u. Cropp a. a. O. Glück a. a. O.

Klage einläßt, stets thun kann, indem nun der Grundsatz: ut pendente lite nihil innovetur eintritt. Jedoch steht es auch jetzt in der Befugniß des Sigers, sich dem Beklagten gegen die neue Klage anzuschließen. Wird aber der erste Kläger in der Appellationsinstanz mit seiner Klage zurückgewiesen, so geht der neue Streit nur zwischen dem neuen Kläger und dem bisherigen Beklagten seinen einfachen Gang und hört die anfängliche Intervention auf, eine solche zu sein. Daß übrigens beide bisherigen Partien auf die erhobene Intervention ihren bisherigen Streit in der Appellationsinstanz auch einstweilen aussetzen und zuvor den Interventionsstreit durchführen können, versteht sich aus der Verhandlungsmaxime von selbst. Die Wirkung hat indessen die Bestreitung des Rechtes des ersten Klägers auch in der Appellationsinstanz immer, daß dem Intervenienten in den Fällen, wo ihm sonst das im ersten Prozesse gefällte rechtskräftige Urtheil schaden würde [65]), nichts entgegen steht, eben weil er sein vorzüglicheres Klagrecht noch vor der rechtskräftigen Entscheidung der ersten Klage geltend gemacht hat. c) Ist der erste Streit rechtskräftig entschieden, so ist eine eigentliche Intervention nicht mehr möglich, da das Klagerecht des ersten Klägers nicht mehr mit Erfolg bestritten, noch weniger eine Verhandlung über dasselbe herbeigeführt werden kann. Wurde die erste Klage zurückgewiesen, so tritt der Dritte als einfacher Kläger gegen den bisherigen Beklagten auf, welcher der Klage in den Fällen, wo dem Dritten die res iudicata des ersten Streites schadet, mit der exceptio rei iudicatae begegnen und sie so unwirksam machen kann. Diese Einrede steht ihm in den erwähnten Fällen natürlich auch dann entgegen, wenn der Kläger obgesiegt hat, falls er nicht, hier wie dort, aus einem Grunde klagen kann, auf welchen sich jene Einrede nicht mehr erstreckt. In den übrigen Fällen tritt, wenn für den Kläger erkannt worden ist, dasselbe Verhältniß ein, wie unter b). d) In der Executionsinstanz gilt natürlich dasselbe. Der Dritte kann blos zum Zwecke einer separaten Klage die Execution unter geeigneten Umständen hindern, jedoch nicht mehr als Principalintervenient auftreten. Denn wenn er auch die Wegnahme eines Gegenstandes, welcher nicht im Streite befangen war, sondern dem Beklagten zur Befriedigung des Klägers weggenommen werden soll, kraft eigenen Rechtes an demselben hindert, was er allerdings thun kann [66]); so ist er in einem solchen Falle nur accessorischer Intervenient, indem er den Beklagten blos in der Vertheidigung gegen diese Wegnahme unterstützt. Die Rechtslehrer, welche die Principalintervention in der Executionsinstanz für zulässig halten [67]), verkennen das Wesen derselben, das sie in die einfache Klage setzen, die in diesem Stadium allein noch zulässig ist, und allerdings die Hilfsvollstreckung dann hemmt, wenn der Sieger keine Caution

---

65) L. 63. D. de re iud. (42. 1.)

66) Arg. L. 15. §. 4. D. de re iud. (42. 1.) Man vgl. überhaupt Gesterding a. a. O. S. 155 flg.

67) Man s. z. B. Martin a. a. O. §. 304 und die dort Note d Angef. Dagegen aber Gönner a. a. O. §. 3, Nr. 7, und Reinhardt a. a. O. §. 87, Nr. 4 und Note 4.

wegen Wiedererstattung bestellt[68]). 4) Die Intervention kann als Klage nur gegen den Beklagten des ersten Streites gerichtet werden, was sich aus der Identität des Streitobjectes in beiden Prozessen von selbst ergibt. 5) Ueberhaupt ist diese Klage in Bezug auf das gegenseitige Verhältniß des Klägers und Beklagten in allen Stücken wie jede andere Klage zu beurtheilen. Daher steht 6) dem Principalintervenienten auch das Recusationsrecht zu[69]). Dagegen kann 7) der gegen die erste Klage gerichtete Angriff nicht als Klage betrachtet werden, da derselbe nicht die Verurtheilung, sondern blos die Zurückweisung des ersten Klägers bezweckt. Beide Kläger streiten unter sich lediglich um die Zulässigkeit des von jedem derselben erhobenen, gegen denselben Beklagten gerichteten Klagangriffes, also um den Vorzug der Berechtigung zur Klage; weßhalb dieser Streit nicht einen dritten, neben den beiden Prozessen über die Klagangriffe bestehenden selbstständigen Hauptprozeß[70]), sondern blos ein Nebenverfahren über einen Präjudicialpunkt bildet, der jedoch selten ein besonderes, den Hauptprozessen vorgängiges Verfahren veranlaßt, sondern meistens neben denselben fortläuft, ja in der Regel durch die Beschaffenheit und das gegenseitige Verhältniß der beiden Klagen mittelbar erledigt wird. Denn wenn der zweite Kläger den Grund seiner Klage zu beweisen vermag, so wird sich hieraus, insofern die Prävention begründet ist, d. h. sich wirklich auf ein besseres Klagerecht stützt, indirect auch der Antrag auf Zurückweisung des ersten Klägers als rechtlich begründet ergeben. Daher muß der Grund der Bestreitung des ersten Klagrechtes schon in dem rechtlichen Wesen der zweiten Klage liegen. Außerdem kann derselbe nur in der Bestreitung solcher Sachlegitimationspunkte bestehen, welche der Intervenient von dem zwischen ihm und dem ersten Kläger bestehenden Verhältnisse ableitet, welche also nicht ex iure tertii hergenommen sind, und aus welchen sich stets auch die bessere oder alleinige Berechtigung des Intervenienten zur Einklagung des im Streite befindlichen Gegenstandes ergeben wird. Man denke z. B. an den oben erwähnten Fall der L. 34. D. sol. matrim. Hieraus folgt, daß 8) die neue Klage und die Bestreitung der ersten Klage immer in einem Causalnexus zu einander stehen. 9) Die Bestreitung der ersten Klage kann zwar auch allein, ohne Verbindung mit einer neuen Klage, vorkommen; sie ist aber in einem solchen Falle nur als accessorische Intervention zu betrachten, da sie den Beklagten in seiner Vertheidigung gegen die Klage unterstützt.

c) Verfahren[71]).

1) Das Verfahren beginnt mit der Einreichung der Hauptinterventionsschrift, in welcher sowohl die Klage nach den allgemeinen,

---

68) Martin a. a. O. und dort Note i und k.

69) Man s. Gesterding a. a. O. Bd. I, S. 110 flg.

70) And. Mein. ist Gönner a. a. O. §. 6, Nr. 13.

71) Hierüber enthält die juristische Literatur wenig Brauchbares; man s. z. B. v. Grolman a. a. O. Gensler a. a. O. Gesterding, Ausbeute Bd. V, Abth. I, S. 148 flg.

zu erklären, sondern blos den ihm streitig gemachten Vorzug der Hypothek zu vertheidigen, worin ihn B. allerdings durch Bestreitung der Hypothek und des Vorzuges des C. unterstützen kann. Stellt also C. hier nur Eine Klage an, so kann von einer subjectiven Klagenhäufung auch nicht die Rede sein. Das römische Recht, um auf dieses zurückzukommen, gebraucht den Ausdruck intervenire bemerktermaßen nur von der jetzt sogen. accessorischen Intervention. Von einer Principalintervention im heutigen Sinne ist in demselben ausdrücklich nichts enthalten, aber auch kein Verbot, oder eine jener zuwiderlaufende Vorschrift darin zu finden. Es macht im Gegentheile viele Fälle namhaft, bei welchen dasselbe Verhältniß obwaltet, wie bei der heutigen Principalintervention, daß nämlich ein bereits in einem Rechtsstreite befangener Gegenstand im Laufe desselben von einem Dritten ebenfalls durch eine Klage in Anspruch genommen wird [49]; das Verfahren in den beiden Prozessen bleibt aber getrennt und ohne gegenseitigen Einfluß auf einander. Nur auf die Execution des zuerst entschiedenen Streites hat der noch anhängige Prozeß die Wirkung, daß der in jenem besiegte Beklagte den Sieger blos gegen Caution zu befriedigen verbunden ist [50]. Es kommen jedoch im römischen Rechte auch Fälle vor [51], in denen, wenn auch das Verfahren selbst nicht näher angegeben ist, der sich einmischende Dritte mit der Klage die Bestreitung der ersten Klage verbunden, also ein der heutigen Principalintervention gleiches Verhältniß und Verfahren obgewaltet zu haben scheint. Wenn nämlich in dem Falle der L. 34. D. sol. matrim. die Tochter mit der Klage auf die dos gegen ihren getrennten Ehegatten auftrat, nachdem ihr Vater gegen diesen mit derselben Klage bereits vorher die dos eingeklagt hatte; so konnte sie es wohl nicht anders thun, als daß sie zugleich das Klagerecht des Vaters aus dem doppelten Grunde anfocht, daß sie nicht mehr in seiner Gewalt sei und auch zu seiner Klageerhebung nicht zugestimmt habe. Es geht aus der Stelle, wie Linde und Gesterding [52] bemerken, zwar nicht hervor, daß der Vater wirklich geklagt habe; man kann aber gleichwohl nicht in Abrede stellen, daß dieß hätte der Fall sein können. Daß der Fall practisch vorgekommen sei, dürfte sich schon daraus ergeben, daß die Stelle aus den Quästionen des Africanus genommen ist, der, gleich den übrigen römischen Rechtsgelehrten, gewiß nur in practischen Fällen responsa zu ertheilen pflegte. Der Umstand, daß in diesem Falle, der Natur der Sache gemäß, der Hauptstreit solange ruhte, bis die Präjudicialfrage über den in concreto berechtigten

49) Z. B. L. 57. D. de hered. pet. (5. 8.), L. 5. 7. D. de R. V. (6. 1.), L. 9. §. 8. u. L. 10. D. de pecul. (5. 1.), L. 14. pr. D. de noxal. act. (9. 4.), L. 5. §. 19. u. L. 7. pr. D. de tributor. act. (14. 4.), L. 8. §. 1. D. de liberal. caus. (40. 12.) u. s. w.

50) Man s. Glück a. a. O. Bd. VIII, S. 226, Note 56. Heise u. Cropp, jurist. Abhandl. Bd. I, S. 243 flg.

51) Z. B. L. 63. D. de re iud. (42. 1.), L. 34. D. sol. matr. (24. 3.)

52) Linde, Abhandl. a. a. O. S. 151. Gesterding a. a. O. S. 138.

Kläger entschieden war[53]), that dem Begriffe der Principalintervention eben so wenig Abbruch, als es diesem schadete, daß das Bestreiten der ersten Klage bloß die Sachlegitimation betraf[54]), da ein solches Präjudicialverhältniß, das auch heutzutage häufig obwaltet, nur eine Folge der besonderen Anwendung des, im Begriffe der Principalintervention liegenden, allgemeinen Rechtes, die erste Klage zu bestreiten, ist, und dieser Begriff, eben weil er jede Art, die erste Klage anzufechten, zuläßt, den gegen die Sachlegitimation des ersten Klägers gerichteten Angriff nicht ausschließt. Ein ähnliches Bestreiten der angestellten ersten Klage machten die Fälle in der L. 63. D. de re iud. nothwendig, in welchen dem intervenirenden Dritten das Klagrecht primo loco zustand, und dieser nicht blos den ersten Streit hemmen, sondern selbst klagen wollte. Aus diesen Fällen ergibt sich zugleich gegen Linde[55]), daß die Einmischung eines Dritten allerdings auch nach römischem Rechte einen Einfluß auf den Fortgang des ersten Prozesses herbeiführen konnte. Uebrigens wird das bei dieser Art des Intervenirens jetzt übliche, gleichzeitige und wechselseitige Verfahren in beiden Prozessen — die jedoch nie zu Einem Prozesse gemacht werden[56]) — abgesehen vom römischen Rechte, schon durch die dem teutschen Rechte, das vor jenem ohnehin, zumal im Prozesse, stets den Vorzug hat, eigene Eventualmaxime vollkommen gerechtfertigt.

b) Rechtliche Grundsätze.

1) Die Haupt- oder Principalintervention ist als Klage an das Dasein aller Erfordernisse gebunden, welche überhaupt die Anstellung einer Klage bedingen, und daher hinsichtlich ihrer Begründung und Zulässigkeit gerade so zu beurtheilen, wie sie auch in dem Falle beurtheilt werden müßte, wenn das Interventionsverhältniß gar nicht vorhanden wäre. Es versteht sich sonach von selbst, daß jede auf ein gegenwärtiges, klagbares Recht sich stützende Klage, deren sofortiger Anstellung mithin kein rechtliches Hinderniß entgegensteht, auch als Interventionsklage zulässig ist[57]). 2) Da demnach der Principalintervenient hinsichtlich der von ihm zu erhebenden Klage als Kläger erscheint, und als solcher nur nach seinem eigenen Klagerechte zu beurtheilen ist, so kann der bereits anhängige Rechtsstreit auf die Beurtheilung und Beantwortung der Frage, ob er klagend interveniren dürfe? keinen rechtlichen Einfluß haben. Denn die Anstellung einer an sich rechtlich begründeten Klage kann durch das Verhältniß, in welches sich Dritte zu dem durch sie zu verfolgenden Rechtsgegenstande etwa gesetzt haben, namentlich auch dadurch nicht gehemmt werden, daß ein Anderer auf denselben Gegenstand bereits gerichtlichen Anspruch erhoben hat. Hieraus folgt, daß der Interventionskläger auch nicht nöthig habe, neben der

53) Heffter, Instit. S. 534.
54) And. Mein. ist Linde a. a. O.
55) Abhandl. a. a. O. S. 150.
56) And. Mein. scheint Heffter (Instit. S. 533, §. 2) zu sein.
57) Man vgl. Gönner a. a. O. §. 3, Nr. 4.

Begründung der Klage auch noch ein mit der Hauptsache (dem bereits anhängigen Rechtsstreite) in solcher Verbindung stehendes Interesse anzuführen und zu bescheinigen, daß er die Fortsetzung der Hauptsache ohne eigenen Nachtheil nicht gestatten könne[58]). Denn wie jede Klage, so trägt auch die Interventionsklage die Berechtigung zu ihrer Geltendmachung in sich, und der Kläger ist nicht verbunden, die besonderen Motive anzugeben, welche ihn bewogen haben, die Klage gerade jetzt anzustellen. Die Rechtslehrer, welche das Gegentheil behaupten, verkennen den eigenthümlichen Charakter der Principalintervention als einer Klage, welche sie, wie z. B. Martin, in dieser Verkennung sogar auch gegen den bisherigen Kläger allein anstellen lassen, obwohl gegen diesen der Principalintervenient keine Klage hat, da er das Object, welches der bisherige Kläger selbst erst von dem bisherigen Beklagten zu erlangen strebt, wahrlich nicht von diesem Kläger, dem Nichtbesitzer desselben, klagend fordern kann. Die von Martin angeführten Gesetze[59]) beweisen seine Behauptung nicht, indem die, nach dem ersteren noch in der Executionsinstanz wegen des von den Parteien nachgewiesenen Interesses für zulässig erklärte, Zeugenvernehmung nicht von der Principalintervention, noch weniger von den Erfordernissen zur Begründung der interveniendo geltend zu machenden Klage spricht; das zweite aber einen Fall berührt, in welchem der bereits verklagte Erbe auf eine interrogatio in iure nicht verbunden ist, sich über seine Erbenqualität zu erklären, also von dem, was der intervenirende Kläger zur Begründung seines interveniendo geltend zu machenden Klagrechtes zu thun habe, gar nicht handelt. 3) Da die Berechtigung zur Principalintervention in dem völlig begründeten Klagrechte selbst liegt, und dieses zu jeder Zeit geltend gemacht werden kann, so leuchtet es ein, daß diese Geltendmachung auch nicht von dem Stadium, in welchem sich der erste Rechtsstreit befindet, abhängig, sondern die Principalintervention in jedem Abschnitte desselben zulässig ist[60]). So zweifellos dieß im allgemeinen ist, so muß man doch verschiedene Fälle unterscheiden, da diese Intervention nicht blos Klage, sondern auch Bestreitung des Klagrechtes des bisherigen Klägers, letztere aber nicht in jedem Stadium des früheren Prozesses möglich ist. a) So lange dieser in der ersten Instanz schwebt, das Urtheil also noch nicht erfolgt ist, hat die Statthaftigkeit der Intervention kein Bedenken, da der Begriff derselben bei ihrem Eintritte stets und auch dann vorhanden ist, wenn der bisherige Kläger, welcher das Streitobject ganz in Anspruch genommen hat, nun nach erfolgter, nur auf einen Theil desselben gerichteten, Intervention sich dem Intervenienten, dessen Rechtsanspruch aner-

---

58) Gönner a. a. O. Nr. 5 u. 6. Reinhardt a. a. O. Nr. 3. Anb. Mein. ist z. B. Martin, Lehrb. §. 304 und die dort Note c Angef., und Gensler, im Arch. a. a. O. S. 161, §. 4, Nr. 1.

59) Cap. 38. X. de testib. (2. 20.) und L. 6. §. 1. D. de interrogat. (11. 1.)

60) Danz a. a. O. §. 498. Gönner a. a. O. Nr. 6. Martin a. a. O. §. 304.

kennend, als Streitgenosse anschließt[61]). Denn des Klägers Klagrecht wurde wirklich theilweise bestritten, und es ändert an der Sache nichts, daß derselbe nachher das in Ansehung des in Anspruch genommenen Theiles behauptete bessere Recht des Intervenienten freiwillig und ohne Widerrede anerkennt. Dieses hat lediglich auf das folgende Verfahren Einfluß, welches sich in Folge der Intervention auch so gestalten kann, daß der bisherige Kläger und Beklagte sich gegen den Intervenienten vereinigen, und mit Aussetzung ihres bisherigen Streites vorerst diesen Interventionsangriff gemeinschaftlich zu vereiteln suchen. b) Befindet sich der Streit schon in der zweiten Instanz[62]), so leuchtet es von selbst ein, daß die Principalintervention in dieser Instanz nicht stattfinden könne, da jede Klage stets bei dem Richter erster Instanz angebracht werden muß, und daß, wenn er bei diesem Richter wirklich intervenirt, eben so wenig ein Simultanverfahren in beiden Rechtssachen möglich sei, da beide in verschiedenen Instanzen verhandelt werden. Ob aber in einem solchen Falle mit Erfolg intervenirt werden könne, das hängt von der Beschaffenheit der Interventionsklage ab. Es läßt sich nämlich ein solcher Erfolg nur dann erwarten, wenn die Interventionsklage zu der ersten Klage in einem Präjudicialverhältnisse steht, indem der Intervenient in diesem Falle um die Sistirung des Hauptstreites bis zum Ausgange der Interventionsklagsache nachzusuchen befugt ist[63]). Waltet hingegen ein solches Verhältniß nicht ob, so steht zwar der Anstellung der neuen Klage, dem angeführten Grundsatze gemäß, kein Hinderniß entgegen; die zugleich beabsichtigte Bestreitung des Klagrechtes des ersten Klägers kann aber kein, hierauf bezügliches, besonderes Verfahren mehr bewirken, also auch den bereits erstrichterlich entschiedenen Streit nicht hemmen, der vielmehr unabhängig von der zweiten Klage fortgesetzt und beendigt wird. Ja es kann umgekehrt dieser die Fortsetzung des zweiten insofern hemmen, als die Frage, wer in diesem der Beklagte sein soll, von dem Ausgange des ersten Prozesses in dem Falle abhängt, wo es dem besiegten Beklagten freisteht, das ihm abgesprochene Object an den Sieger gegen die Verbindlichkeit herauszugeben, daß dieser die Vertheidigung gegen die neue Klage übernehme, oder diese Herausgabe nur gegen Caution zu bewerkstelligen und dann selbst sich gegen die zweite Klage zu vertheidigen, oder sich mit dem Sieger zu dieser Vertheidigung zu verbinden[64]); es sei denn, daß der neue Kläger die Herausgabe des Streitgegenstandes an den Sieger aus besonderen Gründen zu verhindern vermag, was er in dem Falle, wenn der Beklagte, ohne Rücksicht auf den ersten Streit, sich auf die neue

---

61) Man s. Heffter, Instit. S. 534, §. 3 a. E. — Sogenannte interv. anomala, man s. oben.

62) Es versteht sich hinsichtlich des Hauptstreitpunktes; denn Appellationen gegen einfache, vor dem Endurtheile erlassene Decrete kommen gar nicht in Betracht, da die Sache selbst so lange bei der ersten Instanz verbleibt, als nicht in dieser das Endurtheil gefällt und durch Berufung wirksam angefochten ist.

63) v. Grolman a. a. O. §. 158a, A. Nr. 2.

64) Heise u. Cropp a. a. O. Glück a. a. O.

Klage einläßt, stets thun kann, indem nun der Grundsatz: ut pendente lite nihil innovetur eintritt. Jedoch steht es auch jetzt in der Befugniß des Siegers, sich dem Beklagten gegen die neue Klage anzuschließen. Wird aber der erste Kläger in der Appellationsinstanz mit seiner Klage zurückgewiesen, so geht der neue Streit nur zwischen dem neuen Kläger und dem bisherigen Beklagten seinen einfachen Gang und hört die anfängliche Intervention auf, eine solche zu sein. Daß übrigens beide bisherigen Partheien auf die erhobene Intervention ihren bisherigen Streit in der Appellationsinstanz auch einstweilen aussetzen und zuvor den Interventionsstreit durchführen können, versteht sich aus der Verhandlungsmaxime von selbst. Die Wirkung hat indessen die Bestreitung des Rechtes des ersten Klägers auch in der Appellationsinstanz immer, daß dem Intervenienten in den Fällen, wo ihm sonst das im ersten Prozesse gefällte rechtskräftige Urtheil schaden würde[65]), nichts entgegen steht, eben weil er sein vorzüglicheres Klagrecht noch vor der rechtskräftigen Entscheidung der ersten Klage geltend gemacht hat. c) Ist der erste Streit rechtskräftig entschieden, so ist eine eigentliche Intervention nicht mehr möglich, da das Klagerecht des ersten Klägers nicht mehr mit Erfolg bestritten, noch weniger eine Verhandlung über dasselbe herbeigeführt werden kann. Wurde die erste Klage zurückgewiesen, so tritt der Dritte als einfacher Kläger gegen den bisherigen Beklagten auf, welcher der Klage in den Fällen, wo dem Dritten die res iudicata des ersten Streites schadet, mit der exceptio rei iudicatae begegnen und sie so unwirksam machen kann. Diese Einrede steht ihm in den erwähnten Fällen natürlich auch dann entgegen, wenn der Kläger obgesiegt hat, falls er nicht, hier wie dort, aus einem Grunde klagen kann, auf welchen sich jene Einrede nicht mehr erstreckt. In den übrigen Fällen tritt, wenn für den Kläger erkannt worden ist, dasselbe Verhältniß ein, wie unter b). d) In der Executionsinstanz gilt natürlich dasselbe. Der Dritte kann blos zum Zwecke einer separaten Klage die Execution unter geeigneten Umständen hindern, jedoch nicht mehr als Principalintervenient auftreten. Denn wenn er auch die Wegnahme eines Gegenstandes, welcher nicht im Streite befangen war, sondern dem Beklagten zur Befriedigung des Klägers weggenommen werden soll, kraft eigenen Rechtes an demselben hindert, was er allerdings thun kann[66]); so ist er in einem solchen Falle nur accessorischer Intervenient, indem er den Beklagten blos in der Vertheidigung gegen diese Wegnahme unterstützt. Die Rechtslehrer, welche die Principalintervention in der Executionsinstanz für zulässig halten[67]), verkennen das Wesen derselben, das sie in die einfache Klage setzen, die in diesem Stadium allein noch zulässig ist, und allerdings die Hilfsvollstreckung dann hemmt, wenn der Sieger keine Caution

65) L. 63. D. de re iud. (42. 1.)

66) Arg. L. 15. §. 4. D. de re iud. (42. 1.) Man vgl. überhaupt Gesterding a. a. O. S. 155 flg.

67) Man s. z. B. Martin a. a. O. §. 304 und die dort Note d Angef. Dagegen aber Gönner a. a. O. §. 3, Nr. 7, und Reinhardt a. a. O. §. 87, Nr. 4 und Note 4.

wegen Wiedererstattung bestellt[68]). 4) Die Intervention kann als Klage nur gegen den Beklagten des ersten Streites gerichtet werden, was sich aus der Identität des Streitobjectes in beiden Prozessen von selbst ergibt. 5) Ueberhaupt ist diese Klage in Bezug auf das gegenseitige Verhältniß des Klägers und Beklagten in allen Stücken wie jede andere Klage zu beurtheilen. Daher steht 6) dem Principalintervenienten auch das Recusationsrecht zu[69]). Dagegen kann 7) der gegen die erste Klage gerichtete Angriff nicht als Klage betrachtet werden, da derselbe nicht die Verurtheilung, sondern blos die Zurückweisung des ersten Klägers bezweckt. Beide Kläger streiten unter sich lediglich um die Zulässigkeit des von jedem derselben erhobenen, gegen denselben Beklagten gerichteten Klagangriffes, also um den Vorzug der Berechtigung zur Klage; weßhalb dieser Streit nicht einen dritten, neben den beiden Prozessen über die Klagangriffe bestehenden selbstständigen Hauptprozeß[70]), sondern blos ein Nebenverfahren über einen Präjudicialpunkt bildet, der jedoch selten ein besonderes, den Hauptprozessen vorgängiges Verfahren veranlaßt, sondern meistens neben denselben fortläuft, ja in der Regel durch die Beschaffenheit und das gegenseitige Verhältniß der beiden Klagen mittelbar erledigt wird. Denn wenn der zweite Kläger den Grund seiner Klage zu beweisen vermag, so wird sich hieraus, insofern die Prävention begründet ist, d. h. sich wirklich auf ein besseres Klagerecht stützt, indirect auch der Antrag auf Zurückweisung des ersten Klägers als rechtlich begründet ergeben. Daher muß der Grund der Bestreitung des ersten Klagrechtes schon in dem rechtlichen Wesen der zweiten Klage liegen. Außerdem kann derselbe nur in der Bestreitung solcher Sachlegitimationspunkte bestehen, welche der Intervenient von dem zwischen ihm und dem ersten Kläger bestehenden Verhältnisse ableitet, welche also nicht ex iure tertii hergenommen sind, und aus welchen sich stets auch die bessere oder alleinige Berechtigung des Intervenienten zur Einklagung des im Streite befindlichen Gegenstandes ergeben wird. Man denke z. B. an den oben erwähnten Fall der L. 34. D. sol. matrim. Hieraus folgt, daß 8) die neue Klage und die Bestreitung der ersten Klage immer in einem Causalnexus zu einander stehen. 9) Die Bestreitung der ersten Klage kann zwar auch allein, ohne Verbindung mit einer neuen Klage, vorkommen; sie ist aber in einem solchen Falle nur als accessorische Intervention zu betrachten, da sie den Beklagten in seiner Vertheidigung gegen die Klage unterstützt.

c) Verfahren[71]).

1) Das Verfahren beginnt mit der Einreichung der Hauptinterventionsschrift, in welcher sowohl die Klage nach den allgemeinen,

---

68) Martin a. a. O. und dort Note i und k.
69) Man s. Gesterding a. a. O. Bd. I, S. 110 flg.
70) And. Mein. ist Gönner a. a. O. §. 6, Nr. 13.
71) Hierüber enthält die juristische Literatur wenig Brauchbares; man s. z. B. v. Grolman a. a. O. Gensler a. a. O. Gesterding, Ausbeute Bd. V, Abth. I, S. 148 flg.

den Klaglibell betreffenden Grundsätzen und Regeln, als auch im Verhältnisse zum ersten Kläger die alleinige oder bessere Berechtigung, im concreten Falle zu klagen, factisch und rechtlich zu begründen ist. Beide Punkte werden im geschichtlichen und rechtlichen Theile, so wie in dem Gesuche am zweckmäßigsten mit einander verbunden. Die Schrift wird rubricirt: (Rechtliche) Intervention des N. N. Intervenienten, wider N. N. Kläger, und N. N. Beklagten und Interventen, deren Rechtsstreit über (Angabe des Betreffes des bisherigen Prozesses) betreffend. Im Eingange des Libells führt der Intervenient an, daß er erst jetzt von dem in der Rubrik näher bezeichneten Rechtsstreite Kenntniß erlangt habe und dadurch zu dieser Intervention veranlaßt oder genöthigt worden sei, indem derselbe ein Recht oder Object betreffe, welches ihm allein (oder theilweise) zustehe; was sodann in der Geschichtserzählung selbst durch eine kurze, aber doch vollständige Auseinandersetzung der obwaltenden Verhältnisse näher angegeben, und im rechtlichen Theile durch Beziehung auf die einschlägigen Rechtsgrundsätze und Rechtsnormen, insoweit es in concreto nöthig ist, rechtlich begründet wird. Das Gesuch geht dahin: der Intervention nach Vernehmung der beiden Interventen statt zu geben, sodann aber nach verhandelter Sache rechtlich zu erkennen: daß der Kläger und Intervent N. N. mit seiner Klage abzuweisen, der Beklagte und Intervent N. N. hingegen schuldig sei, das Streitobject an den Intervenienten herauszugeben u. s. w., und ihm alle Prozeßkosten zu erstatten. Es versteht sich übrigens von selbst, daß das Gesuch nach Verschiedenheit der Fälle, als: nach dem Stadium, in welchem sich der bisherige Rechtsstreit zur Zeit der Intervention befindet; nach dem Anspruche des Intervenienten, ob nämlich dieser auf den ganzen Streitgegenstand oder nur auf einen Theil desselben geht, und nach dem Verhältnisse der Interventionsklage zu der bereits angestellten, ob jene präjudiciell sei u. s. w., auch verschieden eingerichtet werden müsse; daß insbesondre bei einem obwaltenden Präjudicialverhältnisse um Aussetzung des bisherigen Streites zu bitten sei; daß außerdem auch andere Nebenpunkte, z. B. Caution, noch besondere Gesuche veranlassen können u. s. w. Bei den Theilungsprozessen ist nicht zu vergessen, daß beide bisherigen Parteien Kläger und Beklagte zugleich sind und daher um Verurtheilung beider Interventen gebeten werden muß. Da die Gesuche nur die Schlußsätze der vorausgegangenen Erzählung und rechtlichen Begründung sind, so bedarf es nicht erst der Erwähnung, daß die besondere Beschaffenheit der jedesmaligen Gesuche schon im geschichtlichen und rechtlichen Theile der Interventionsschrift liegen muß. — 2) Die in triplo eingereichte, in formeller und materieller Hinsicht genau zu prüfende Interventionsschrift wird, wenn nicht ein wesentlicher Formfehler zunächst ihre Zurückgabe zur Verbesserung, oder offenbare Grundlosigkeit ihre sofortige Abweisung nöthig macht, beiden streitenden Theilen im Duplicate und Triplicate mitgetheilt, um sich über die Zulässigkeit der Intervention zu erklären, zu welchem Ende entweder eine kurze Frist zur Einreichung schriftlicher Erklärungen anberaumt, oder meistens eine Tagfahrt zur protocollarischen Verhandlung hierüber angesetzt wird, wozu sodann auch der

Intervenient zu laden ist. Das gemeine Recht enthält über das bei der Principalintervention zu beobachtende Verfahren keine besonderen Vorschriften; weßhalb dasselbe vornehmlich von dem richterlichen Ermessen abhängt, welches hierbei von den allgemeinen Prozeßgrundsätzen, der Natur der Sache, der Analogie und der besonderen Beschaffenheit der einzelnen Fälle geleitet wird. Das Hauptaugenmerk des Richters ist darauf zu richten, daß eben so unnöthigen und verzögernden Verhandlungen vorgebeugt, als einer durch die Intervention leicht entstehenden Verwirrung zweckmäßig begegnet werde. Er wird daher für den Interventionsstreit besondere, von dem anhängigen Hauptstreite abgesonderte, Acten anlegen, durch die gesetzlich zulässigen Ungehorsamsstrafen Verzögerungen hindern und durch Anwendung der Eventualmaxime, wo sie immer nach ihrem Grunde und Zwecke stattfindig ist, die Verhandlungen möglichst zu vermindern suchen. Ueber die Zulässigkeit der Intervention wird mündliches Verhandeln stets am schnellsten und sichersten zum Ziele führen, weil die bisherigen Parteien sich hierbei zugleich über manche andere, zunächst festzustellende Punkte, als z. B., ob sie ihren bisherigen Streit aussetzen und sich gemeinschaftlich gegen die Intervention vertheidigen sollen u. s. w., gegenseitig besprechen können, und überhaupt die Stellung der Intervenienten zum Intervenienten, ob und in wie weit der eine oder andere Theil etwa freiwillig zurückzutreten gesonnen sei u. s. w., hierbei geregelt und so der künftige Gang des neuen Prozesses und dessen Verhältniß zum bisherigen bestimmt festgestellt werden kann. Die Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Intervention können nur die innere Beschaffenheit der Interventionsklage, ihren Grund und ihr daraus hervorgehendes Verhältniß zu der bereits anhängig gemachten Klage, so wie die Sachlegitimation des Intervenienten betreffen, nicht aber auch daher genommen werden, daß das Interesse des Intervenienten durch die Unterlassung der Intervention und die ungestörte Fortsetzung des anhängigen Rechtsstreites nicht gefährdet werde, da, wenn die Interventionsklage fundirt und auf dasselbe Object, um welches zwischen den Parteien gestritten wird, gerichtet ist, die Anstellung derselben nicht durch den besonderen Nachweis einer solchen Gefährdung des eigenen Interesses des Intervenienten bedingt wird, wie oben gezeigt wurde[72]). Ist also die Interventionsklage unter Voraussetzung der Wahrheit der in derselben angeführten thatsächlichen Verhältnisse fundirt und auf den Gegenstand des anhängigen Rechtsstreites gerichtet, auch der Intervenient activ und passiv zur Sache legitimirt, so ist die Intervention rechtlich begründet; die Statthaftigkeit derselben gerichtlich auszusprechen und in dem Decrete, in welchem dieß nach beendigter summarischer Verhandlung über jene Statthaftigkeit geschieht, zugleich das weitere Verfahren in der Interventionssache auf eine den abgegebenen Erklärungen der Parteien angemessene Weise einzuleiten und das Verhältniß des neuen Streites zu dem bisherigen, ob dieser einstweilen ruhen oder gleichzeitig fortgesetzt werden soll, festzustellen. — 3) Hat das Gericht die Statthaftigkeit der Intervention ausgesprochen, und

72) Man vgl. auch Gesterding a. a. O. S. 151 flg.

ist dieser Ausspruch durch kein zulässiges Rechtsmittel mit Erfolg angefochten worden, so wird nun in der Interventionssache selbst schriftlich oder mündlich, je nach Beschaffenheit der Klage und ihres Objectes, und zwar nach Verschiedenheit der Fälle entweder mit Aussetzung des ersten Streites oder gemeinschaftlich mit diesem bis zum Schlusse verhandelt. Es ist unnöthig, den Interventionsprozeß im Detail darzustellen, da er sich von einem anderen Rechtsstreite blos dadurch unterscheidet, daß in demselben, außer den gewöhnlichen Verhandlungen über die neue Klage zwischen dem Intervenienten als Kläger und dem bisherigen Beklagten, auch noch über das vorzüglichere oder ausschließliche Klagerecht zwischen dem Erstern und dem bisherigen Kläger gestritten und, insoweit es nöthig erscheint, besonders verhandelt wird; weßhalb die prozeßleitenden Decrete stets diesen doppelten Gesichtspunkt festzuhalten und bei den verschiedenen Auflagen sorgfältig zu berücksichtigen haben. Ist das Interesse der bisherigen Parteien der Interventionsklage gegenüber ein gemeinschaftliches, wie z. B. bei den Theilungsklagen und in dem Falle, wo beide denselben Gegenstand aus dem nämlichen Rechtsgrunde ansprechen, z. B. eine Erbschaft aus dem Grunde der Verwandtschaft, so wird der Interventionsstreit ein einfacher Prozeß, bei welchem die bisherigen Parteien als Beklagte in wirklicher oder analoger streitgenossenschaftlicher Verbindung erscheinen, insofern der Intervenient das Streitobject für sich ausschließlich in Anspruch nimmt. 4) Wird der erste Rechtsstreit in Folge richterlicher Verfügung oder des gemeinschaftlichen Verlangens der bisherigen Parteien ausgesetzt, so wird der Interventionsstreit allein bis zu seiner rechtskräftigen Entscheidung fortgeführt, von deren Beschaffenheit es sodann abhängt, ob der erste Prozeß wieder aufgenommen werden muß oder zugleich seine Endschaft erreicht hat. Jenes tritt ein, wenn der Intervenient abgewiesen wurde, dieses, wenn er obsiegte. 5) Werden beide Prozesse gemeinschaftlich fortgeführt, so werden doch stets die Verhandlungen der Parteien in beiden Sachen getrennt und in besonderen Actenfascikeln gesammelt, obgleich die prozeßleitenden Decrete sich auf beide Sachen erstrecken können, welche sodann mit den Voracten über die Statthaftigkeit der Intervention einen dritten Fascikel von General- oder gemeinschaftlichen Acten für beide Sachen bilden. In diesen letzten Fascikel gehören auch die Vor- und Endsbescheide, welche sich immer auf beide Prozesse zugleich beziehen, insofern die ersteren Bescheide auch in beiden nöthig werden. Die gemeinschaftliche Behandlung beider Rechtssachen besteht überhaupt darin, daß beide gesondert bis zum Ende eines jedesmaligen Prozeßstadiums fortgeführt werden, und sodann über das Resultat dieses Stadiums in beiden zugleich erkannt wird. Ist daher die eine Sache früher zu diesem Ende gebracht, so ruht sie so lange, bis auch die andere an demselben Zirle anlangt, um sodann über beide gemeinschaftlich erkennen zu können. So wird am Ende des ersten Schriftenwechsels in beiden Sachen zugleich auf Beweis erkannt, wenn dieser in beiden erforderlich ist, und das gerichtliche Beweisverfahren gemeinschaftlich, z. B. die Production der Urkunden, die Zeugenvernehmung u. s. w., in denselben Terminen erfolgen. Auf gleiche Weise wird am Schlusse

des ganzen Verfahrens in beiden Sachen endlich entschieden. Die Rubrik solcher gemeinschaftlichen Decrete und Erkenntnisse lautet herkömmlich, wenn gleich nicht genau der Sache angemessen, folgendermaßen: In Sachen u. s. w. des N. N. Klägers und Interventen an einem, des N. N. Intervenienten am anderen, und des N. N. Beklagten und Interventen am dritten Theile u. s. w. Es lohnt die Mühe nicht, eine sachdienlichere Rubricirung hier vorzuschlagen, da solche Rubricirungen sich doch allenthalben nach dem einmal üblichen Gerichtsgebrauche richten, dieser aber auf Neuerungen nicht so leicht einzugehen pflegt. 6) Das Verfahren in den höheren Instanzen bietet keine Schwierigkeit dar, da dasselbe in den erhobenen Beschwerden sein bestimmtes Object hat und überhaupt von dem sonst bei diesen Instanzen üblichen Verfahren nicht abweicht. 7) Kommt zu einer bereits anhängigen Intervention eine neue — eine Superintervention, wenn es erlaubt ist, sie so zu bezeichnen, — hinzu, was allerdings geschehen kann[73]), so ist sie ihrer Natur nach zwar auch als eine auf den im Streite befangenen Gegenstand gerichtete Klage und als eine Bestreitung des ersten Klagangriffes, aber zugleich auch als eine Bestreitung der vorangegangenen Interventionsklage zu betrachten. Ihr stehen daher sowohl die beiden Urparteien, als der erste Intervenient als Gegner gegenüber. Hiernach läßt sich das hierbei zu befolgende Verfahren leicht bestimmen, indem die zweite Intervention zwischen dem neuen Intervenienten (Superintervenienten) und den drei bisherigen Parteien zu verhandeln ist; nur wird es, um Verwirrung zu vermeiden, in einem solchen Falle räthlich sein, über die spätere, begründete Intervention, mit einstweiliger Aussetzung der beiden anderen Prozesse, allein zu verhandeln und zu entscheiden, insofern nicht die besonderen Umstände auch hier ein gleichzeitiges Verfahren in allen Sachen thunlich machen, was ein umsichtiger Richter nach der concreten Beschaffenheit des Falles leicht beurtheilen kann.

B. Accessorische Intervention[74]).

a) Begriff und angebliche Arten.

Die accessorische oder Nebenintervention besteht, nach Linde, darin, daß der Intervenient sich einem streitenden Theile freiwillig und in der Absicht anschließt, um ihm zum Siege zu verhelfen und dadurch sein eigenes Interesse wahrzunehmen, oder, nach Martin, in der Vereinigung eines Dritten mit einem der bisherigen streitenden Theile, um gesichert zu sein, daß zu Erreichung des gemeinsamen Zweckes nichts versäumt werde. Dieß ist zwar der gewöhnliche Begriff, der auch oben, wo blos von der Intervention im

---

73) Z. B. A. streitet mit B. um eine Erbschaft, behauptend, daß er der nähere Collateralerbe sei; C. intervenirt, behauptend, er sei ein Descendent des Erblassers. Später tritt D. auf und spricht die Erbschaft auf den Grund eines Testamentes an.

74) Danz a. a. O. §. 493, 495, 496—498. v. Gönner a. a. O. §. 7 u. 8. v. Grolman a. a. O. §. 158b. Martin a. a. O. §. 305. Linde, Lehrb. §. 110. Gensler a. a. O. Reinhardt a. a. O. §. 88. Gesterding a. a. O. Bd. V, Abth. I, S. 168—186.

allgemeinen die Rede war, im wesentlichen beibehalten wurde; er ist aber nicht für alle Fälle erschöpfend, indem der zur Nebenintervention Berechtigte in der Appellationsinstanz auch selbstständig, ja sogar gegen den Willen der Partei, welche mit ihm wenigstens anfänglich denselben prozessualen Zweck verfolgte, aufzutreten befugt ist[75]); weßhalb schon die älteren Rechtslehrer, wie in der geschichtlichen Einleitung erwähnt wurde, von einem principaliter appellare sprachen. Auch ist der Sieg der Partei, welcher der Intervenient sich anschließt, nicht der eigentliche Zweck dieser Intervention, sondern nur das Mittel zu diesem, der allein in der Wahrung des eigenen Rechtes besteht und die Intervention auch allein veranlaßt und begründet. Darum verfolgen sie beide auch nicht einen gemeinsamen letzten oder Endzweck, sondern blos einen gemeinsamen nächsten oder prozessualen Zweck; ja der Partei, mit der sich der Intervenient verbindet, liegt in vielen Fällen an dem Siege, also an der Erreichung dieses nächsten Prozeßzweckes darum nicht viel, weil im Falle des Unterliegens der Intervenient ihn schadlos halten (man denke nur an die Evictionsleistung), oder (wie z. B. bei dem Bürgschaftsverhältnisse) den Sieger befriedigen muß. Daher dürfte die Nebenintervention erschöpfender als diejenige Art der Intervention bezeichnet werden, mittelst welcher der Intervenient sein durch das Unterliegen einer Partei bedrohtes Recht durch Anschluß an dieselbe, oder in höherer Instanz auch durch selbstständiges Eintreten in die Stelle derselben, zu wahren sucht.

Nach diesem Begriffe läßt sich die oben (I.) angeführte Eintheilung der Nebenintervention in die adhärirende und principale, welche der Sache nach schon in der älteren Doctrin vorkam, und in neuester Zeit erwähntermaßen von Linde[76]) aufgestellt wurde, zwar vertheidigen, sie ist aber unnöthig, und deren Aufnahme in die Doctrin schon darum nicht zu empfehlen, weil das Prädicat principalis die Hauptintervention bezeichnet und deßhalb nur Verwirrung entstehen würde, wenn man es auch zur Bezeichnung einer besonderen Art der Nebenintervention gebrauchen wollte. Im Grunde ist ja die principale Nebenintervention nur eine principalis appellatio des Nebenintervenienten, so wie das Prädicat adhärirend nur wiederholt, was schon das Wort accessorisch besagt. Nach Linde's Ansicht, wornach es nur eine Nebenintervention gibt, diese also Intervention überhaupt ist, ist die erwähnte Verwirrung freilich nicht zu besorgen; allein diese Ansicht läßt sich nach dem, was oben darüber vorgebracht wurde, nicht wohl aufrecht halten. Eine gemischte Nebenintervention, die darin bestehen soll, daß der Intervenient anfangs in der adhärirenden, dann aber in der principalen Form streitet, ist dagegen begrifflich gar nicht zu vertheidigen, da beide Formen zugleich, also gemischt, gar nicht vorkommen können, indem die erste Form ihrem Wesen zufolge die zweite, und umgekehrt, nothwendig ausschließt.

75) L. 29. pr. D. de inoff. test. (5. 2.) L. 5. §. 2—4. u. L. 14. D. de appellat. (49. 1.)

76) Man s. oben Note 23.

b) Rechtliche Grundsätze.

1) Da der accessorische Intervenient sich an eine der bisherigen Parteien anschließt oder in deren Stelle eintritt, so muß der prozessuale Zweck dieser Intervention stets identisch mit dem sein, welchen die mit ihm verbundene oder von ihm vertretene Partei als solchen verfolgt, welcher also im Begriffe dieser Parteirolle liegt. Dagegen ist 2) der Endzweck dieser Intervention, welcher nämlich den Intervenienten allein zur Intervention bewog und durch das Mittel der Verfolgung des prozessualen Zweckes als Endresultat des Intervenirens erreicht werden soll, stets verschieden von dem Endzwecke, welchen die ihm prozeßlich befreundete Partei im Auge hat. Dieser Endzweck besteht zwar bei beiden in der Wahrung des eigenen Rechtes; allein das zu wahrende Recht der Partei ist unmittelbarer Gegenstand des abhängigen Rechtsstreites, während das von dem Intervenienten zu wahrende Recht niemals dieser Gegenstand selbst sein kann, sondern durch den anhängigen Rechtsstreit blos mittelbar, nämlich insofern berührt oder vielmehr bedroht wird, als das rechtskräftige Unterliegen der ihm prozeßlich befreundeten Partei für ihn einen unvermeidlichen Rechtsnachtheil zur nothwendigen Folge hat. Man könnte zwar hiergegen einwenden, daß durch den Sieg der genannten Partei das Recht beider gewahrt, also der Endzweck von beiden erreicht werde, dieser also für beide derselbe sei. Allein wenn auch der Sieg das Mittel ist, welches beiden den Endzweck sichert, die Rechte beider wahrt und schützt, so sind doch diese Rechte selbst an sich wesentlich verschieden, und ist ferner zu bedenken, daß in den meisten Fällen der aus dem Unterliegen der Partei für den Intervenienten hervorgehende Rechtsnachtheil eben darin besteht, daß er die besiegte Partei für das im Prozesse verlorene Recht schadlos halten muß, daß also die Partei durch das Unterliegen nicht immer verliert, was dagegen bei dem Intervenienten stets der Fall ist. Immerhin ist und bleibt daher dieser blos Theilhaber und Genosse an dem (formalen) Prozeßzwecke, niemals aber ist oder wird er Theilhaber an dem (materiellen) Endzwecke des Streites, d. i. an dem Rechte selbst, welches Gegenstand dieses Streites ist, über welches er folglich auch nicht verfügen, z. B. sich vergleichen kann. Hiernach läßt sich auch 3) die bestrittene Frage leicht entscheiden, ob der Intervenient, nach für zulässig erkannter Intervention, als wahrer Streitgenosse der Partei, welcher er beisteht, zu betrachten sei? Während nämlich einige Rechtslehrer diese Frage bejahen[77], wird sie von anderen[78] verneint und zwar mit Recht. Denn sieht man auch von dem bekannten Streite über den eigentlichen Grund der Streit-

---

77) Z. B. Wernher l. c. Tom. II. P. VI. obs. 261. de Canngiesser, decis. Hass. Cass. Tom. I. dec. 125. nr. 1—7. Martin, im Magaz. für den Proz. Bd. I, S. 54 flg. und im Lehrb. §. 305. Glück a. a. O. Bd. VI, S. 478 flg., welcher jedoch im Bd. V, S. 234, die richtige Meinung vertheidigt hat.

78) Z. B. von v. Gönner a. a. O. §. 8. Gensler, im Arch. Bd. IV, S. 156, Note 7, man s. jedoch S. 172, Nr. 8. Linde, Lehrb. §. 110 a. E. Besonders Reinhardt a. a. O. Bd. I, §. 54, Note 1.

genossenschaft hier gänzlich ab, so verlangen doch selbst jene Rechtslehrer[79]), welche diesen Grund blos in den gemeinschaftlichen nächsten Zweck des Rechtsstreites setzen, zum Begriffe der Streitgenossenschaft immer noch das fernere Merkmal, daß die als solche Genossen zu betrachtenden Personen diesen Zweck als einerlei Partei zu erreichen streben, daß also bei jeder dieser Personen eben jene Erfordernisse eintreten müssen, welche bei jedem Kläger und Beklagten überhaupt vorausgesetzt werden. Nun ist der accessorische Intervenient niemals wirkliche Partei des Rechtsstreites, bei dem er intervenirt, weil er an dem eigentlichen Gegenstande desselben keinen Antheil hat, das im Streite befangene Recht mithin weder als Kläger unmittelbar in Anspruch nehmen, noch als Beklagter es unmittelbar vertheidigen kann. Da er folglich niemals als Kläger oder Beklagter, d. h. in Folge unmittelbarer Betheiligung am streitigen Rechte, ad causam legitimirt, sondern nur wegen eines mittelbaren, erst durch den Ausgang des Rechtsstreites bedingten, Interesses zur Theilnahme an diesem befugt, also eben blos als accessorischer Intervenient zur Sache legitimirt ist, so können bei ihm auch niemals die Erfordernisse vorhanden sein, welche bei den wirklichen oder eigentlichen Parteien, d. i. bei dem Kläger und Beklagten, als wesentlich nothwendig vorausgesetzt werden, und kann er sohin, wegen Mangels an diesem Erfordernisse zur Streitgenossenschaft, auch niemals als wahrer Streitgenosse der ihm prozeßlich verwandten Partei betrachtet werden. Weil er jedoch wegen seines mittelbaren Interesses am Ausgange des Rechtsstreites denselben Prozeßzweck zu verfolgen genöthigt ist, welcher im Begriffe der Rolle derjenigen Partei liegt, durch deren Sieg die Abwendung des zu befürchtenden Rechtsnachtheiles bedingt ist, und er sich eben deßhalb formell an diese Partei anschließen muß, so müssen ihm zur Verfolgung dieses Prozeßzweckes auch alle jene Befugnisse eingeräumt werden, welche ihm in dieser Hinsicht zustehen würden, wenn er selbst die unmittelbar betheiligte Partei, Kläger oder Beklagter, wäre; und insofern hat er alle prozessualen Rechte einer wirklichen Partei, und sohin auch eines wahren Streitgenossen, obgleich er in der That kein solcher ist und darum nicht wie ein solcher über seinen Antheil an dem Streitobjecte selbstständig verfügen, z. B. sich in Ansehung desselben mit dem Gegner vergleichen kann. Denn ihm gebührt kein solcher Antheil, das Prozeßobject an sich ist für ihn eine res aliena, und er also auch kein wahrer oder wirklicher Genosse des Streites um dasselbe, sondern nur ein formaler oder Prozeßgenosse zur Erwirkung des Sieges der ihm nur prozeßlich befreundeten Partei, welcher ihm wieder nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar zu Statten kommt. 4) Die Befugniß zur accessorischen Intervention ergibt sich aus dem oben (Nr. 2) erwähnten Endzwecke derselben von selbst. Sie stützt sich nämlich darauf, daß das Unterliegen der einen oder anderen Partei in einem anhängigen Rechtsstreite den

---

79) Z. B. Martin, im Magazin a. a. O. S. 15, und im Lehrb. §. 34.

Dritten, welcher interveniren will, mit einem unvermeidlichen Rechtsnachtheile bedroht, welcher lediglich durch den Sieg dieser bestimmten Partei abgewendet werden kann, und daß daher dem Dritten rechtlich nicht verwehrt werden darf, zur Erzielung dieses Sieges, als des einzigen Mittels, den drohenden Rechtsnachtheil von sich abzuwenden, auch seinerseits nach Kräften mitzuwirken und folglich, da dieß nicht anders geschehen kann, sich der betreffenden Partei zu diesem Zwecke anzuschließen. 5) In der Nachweisung, daß diese Befugniß in concreto wirklich vorliege, besteht sodann die stets erforderliche Sachlegitimation zur accessorischen Intervention. 6) Die einzelnen Fälle, in denen accessorische Intervention zulässig ist, ergeben sich aus dem angeführten Rechtsgrunde derselben von selbst. Wo dieser nachgewiesen werden kann, da ist auch ein Interventionsfall vorhanden. Die Regel[80]: wem ein streitender Theil litem denunciren muß oder darf, der ist auch zur accessorischen Intervention berechtigt, ist zwar richtig, aber nicht erschöpfend, wie z. B. das Recht des Legatars, bei einem das Testament betreffenden Rechtsstreite zu interveniren, beweist. Am häufigsten wird intervenirt, um drohende Entschädigungsklagen oder Evictionsleistungen abzuwenden[81]. 7) Da der zur Principalintervention Berechtigte sogar das Prozeßobject für sich anzusprechen befugt ist, so kann ihm auch die Befugniß, sein Recht an diesem Objecte blos durch accessorische Intervention zu wahren, nicht abgesprochen werden. Er wird diese Art der Einmischung dann wählen, wenn sein Anspruch an dem Streitobjecte von dem Beklagten nicht bestritten wird, und ihm nur daran liegt, die angestellte Klage von demselben abzuwenden. Er kann sich daher nur dem Beklagten als accessorischer Intervenient anschließen. 8) Da der Nebenintervenient keine selbstständige Partei ist, sondern sich nur an eine der bisherigen Partei anschließt und nur deren Recht vertheidigen hilft, so muß er die Sache in der Lage annehmen, in welcher er sie zur Zeit der Intervention vorfindet. Er kann daher weder forideclinatorische Einreden, selbst wenn es noch Zeit wäre, vorbringen, noch den Richter aus, von seinem Verhältnisse zu demselben hergenommenen, Gründen recusiren[82], sondern nur solche auf die Sache bezügliche Verhandlungen vornehmen, welche in dem Stadium, in dem sich der Streit befindet, überhaupt noch statthaft sind. Deßhalb ist es 9) rathsam, so zeitig als möglich zu interveniren, obgleich es vor rechtskräftiger Entscheidung der Sache in jedem Stadium des Prozesses, jedoch nur so lange mit Erfolg geschehen kann, als noch auf die Sache bezügliche Verhandlungen, oder wenigstens ordentliche Rechtsmittel gegen das erfolgte Urtheil zulässig sind. 10) Restitutionsgesuche, um Versäumtes nachzuholen, kann der accessorische Intervenient kraft eigenen Interesses an der Sache nicht vorbringen, sondern sich auch bei

80) Gensler, im Arch. a. a. O. S. 164, Nr. 3.

81) Man s. Gesterding a. a. O. S. 171 flg.

82) Man s. Martin, Lehrb. §. 305. Gesterding a. a. O. Bd. I, S. 111 flg. And. Mein. ist Lauk in v. Zu-Rhein, Beitr. zur Gesetzg. II. S. 258. Vgl. Linde, Lehrb. §. 110, Note 5.

diesen nur an die Hauptpartei anschließen, wobei es ihm sodann, insofern ein solches Gesuch in Bezug auf die Partei selbst begründet erscheint, nicht verwehrt ist, dasselbe auch mit, auf sein Interesse bezüglichen, Gründen zu unterstützen. 11) Wurde in erster Instanz gegen die Partei, von deren Siege das Interesse des Intervenienten abhängt, gesprochen, so kann dieser nicht nur gemeinschaftlich mit der Partei, sondern auch allein, ganz in die Stelle derselben eintretend, gegen das Urtheil appelliren und die Appellation eben so allein fortsetzen, wenn die Partei dieselbe liegen lassen sollte[83]). Daß der Intervenient dann, wenn er in die Stelle der Partei eintritt, hinsichtlich der auf das Rechtsmittel bezüglichen Pflichten und Rechte gerade so, wie die Partei selbst zu behandeln sei, und namentlich auch alle Formalien zu wahren habe, versteht sich von selbst[84]). 12) Darüber, ob der Intervenient auch in erster Instanz den Prozeß allein fortzusetzen und so in die Stelle der Partei einzutreten befugt sei, wenn diese vom Prozesse abstehen oder sich mit dem Gegner vergleichen sollte, schweigen die Gesetze[85]). Man wird ihm jedoch, nach der Analogie des bei der Appellation obwaltenden Grundes, diese Befugniß für den Fall einräumen müssen, wo der Endzweck der Intervention durch das Zurücktreten oder den Vergleich der Partei nicht zugleich erreicht wird, sondern die Erreichung desselben durch ein obsiegliches Urtheil bedingt bleibt.

c) Verfahren.

1) Die accessorische Intervention veranlaßt blos hinsichtlich ihrer Statthaftigkeit ein besonderes summarisches Verfahren. Der Intervenient reicht bei dem Gerichte des anhängigen Rechtsstreites eine Interventionsschrift ([rechtliche] Intervention des N. N. Intervenienten, zur Sache: N. N. wider N. N. u. s. w.) ein, worin er durch kurze Darlegung der obwaltenden Verhältnisse seine Befugniß, gegen den klagenden oder beziehungsweise verklagten Theil in der rubricirten Sache zu interveniren, nachweist, und sodann bittet: nach Vernehmung beider Theile der Intervention statt zu geben, bis dahin die weiteren Verhandlungen in der Sache zu sistiren, auch ihm die Einsicht der in derselben bisher verhandelten Acten zu gestatten; in der Sache selbst aber nach gepflogenen Verhandlungen so, wie von dem Kläger, beziehungsweise Beklagten, gebeten worden, zu erkennen, und den Interventen auch in die Interventionskosten zu verurtheilen. 2) Wurde nach Vernehmung der Parteien die Intervention für zulässig erkannt, so wird dem Intervenienten die begehrte Acteneinsicht gestattet, oder, wenn er um abschriftliche Mittheilung derselben gebeten, diese verfügt, und ihm zugleich aufgegeben, zum Zwecke der

---

83) L. 4. §. 3. L. 4. §. 2 u. 4. L. 5 u. 14. D. de appellat. (49. 1.) L. 2. §. 1. D. quando appell. (49. 4.) Ein Verdrängen der Partei, wie es Linde (Lehrb. §. 110) nennt, ist es aber wohl nicht.

84) Man s. in diesem Werke Bd. I, S. 370 flg., den Art. Appellation.

85) Nur dem Legatar ist es ausdrücklich erlaubt, die von dem Erben in fraudem suam aufgegebene oder verglichene Sache noch in erster Instanz allein fortzusetzen. Man s. L. 4 u. 5. D. de appellat. (49. 1.) Heffter, Instit. S. 535.

weiteren Verhandlungen in der Sache selbst, welche nun wieder fortgesetzt werden, mit dem Theile, dem er beitritt, gemeinschaftlich einen Anwalt zu bestellen[86]). Denn beide haben nun, wie wirkliche Streitgenossen, in denselben Prozeßschriften gemeinschaftlich zu handeln. 3) In den Rubriken der gerichtlichen Decrete wird der Intervenient als solcher nach der Partei, welcher er assistirt, aufgeführt, und im Endurtheile auch über die Interventionskosten erkannt.

C. Ueber gemischte Intervention[87]).

Obgleich bereits oben (Nr. I.) bemerkt wurde, daß es eine gemischte Intervention nicht gebe, so fordert es doch die Vollständigkeit, welche man hier in der Lehre von der Intervention zu erwarten berechtigt ist, auch diese Art von Intervention näher zu erläutern. Schon der Umstand, daß die Vertheidiger der gemischten Intervention über den Begriff derselben nicht einig sind, dürfte beweisen, daß entweder die Bezeichnung der Sache nicht entspreche, oder die mit diesen Worten bezeichnete Sache sich nicht als eine begrifflich unterscheidbare dritte Art zwischen die Principal- und Nebenintervention stellen lasse. Wo die Sache selbst begründet ist, da wird man sich auch über ihren Begriff leicht vereinigen, und bedarf es wenigstens keiner so weitläufigen Ausführungen, um die Existenz derselben darzuthun, wie es bei dieser Interventionsart der Fall war. Ohne die Leser mit der Aufzählung der verschiedenen Definitionen derselben, von denen manche gar wunderlich lauten[88]), und die wichtigeren im Archive für die civil. Praxis[89]) aufgeführt sind, hier zu ermüden, bemerken wir blos, daß man unter gemischter Intervention nicht etwa ein aus der Principal- und Nebenintervention zusammengesetztes, besonderes Verfahren zu verstehen hat, sondern mit diesem Namen lediglich die Fälle bezeichnet, wo der zur Principalintervention berechtigte Dritte nur accessorisch intervenirt, also anstatt der principalen die accessorische Intervention wählt, weil er nach den obwaltenden Verhältnissen schon durch diese seinen Zweck erreicht. Daß dieß geschehen könne, unterliegt keinem Zweifel, und es wurde dieser Fall bereits oben bei der accessorischen Intervention ausdrücklich erwähnt; ob aber dieses rein subjective Wahlverhältniß, welches auf das bei der Intervention zu beobachtende Verfahren keinen Einfluß äußert, als eine dritte besondere Art der In=

---

86) v. Gönner a. a. O. §. 7 und dort Note d.

87) Sie wird für begründet gehalten z. B. von Danz, Grundſ. §. 493; Glück a. a. O. Bd. VI, S. 475; v. Gönner a. a. O. §. 9; v. Grolman a. a. O. §. 158b; Thibaut, Pand. §. 1273; Martin, im Magazin für Proz. I. S. 158 flg. und Lehrb. §. 303; Mittermaier, im Arch. für civ. Prax. Bd. II, Nr. 24, und Gensler, das. Bd. IV, Nr. 14. Man s. dagegen: v. Epplen, im gen. Magaz. I. S. 129 flg., und Reinhardt a. a. O. Bd. 1, §. 89, und dort Note 1; Morstadt, Materialkritik Nr. 86; Heffter, Instit. S. 535 in der Anmerk.; Linde, Lehrb. §. 111.

88) Z. B. nach Estor (Anfangsgründe des r. Proz. Hauptst. 82, §. 2240) ist sie dann vorhanden, wenn einer weder dem anderen beisteht, noch einen auszuschließen sucht, sondern seine Nothdurft als Mitinteressent, z. B. wegen der Erstigkeit beim Concurse zu wahren sucht.

89) Bd. II, Nr. 24, S. 257 flg.

tervention und somit zugleich objectiv aufgefaßt werden dürfe, ist eine Frage, die im Interesse der Wissenschaft schon deßhalb verneint werden muß, weil jenes Verhältniß in Wahrheit keine besondere Form des Intervenirens begründet, und die gesunde Logik sich gegen eine Eintheilung sträubt, die so lauten würde: man kann entweder principaliter oder accessorisch interveniren, oder das eine oder andere thun. Daß ein Dritter die eine oder andere Art der Intervention nach besonderen Umständen wählen kann, ändert doch wahrlich an der Sache nichts, da, er mag die eine oder andere Art wählen, er immer nur entweder Principal- oder accessorischer Intervenient ist, in beiden Formen zugleich aber niemals auftreten kann. Es fehlt somit dieser behaupteten dritten Interventionsart an einem objectiven und somit begrifflichen oder wissenschaftlichen Haltpunkte, und es ist logisch rein unmöglich, sie als eine besondere Art des Intervenirens von den übrigen beiden Arten sachlich und somit begrifflich zu unterscheiden, da sie — ihres besonderen Namens ungeachtet — stets nur entweder Haupt- oder Nebenintervention ist und bleibt, indem sie ja nur in dem Rechte, die eine oder die andere Form des Intervenirens zu wählen, bestehen soll, dieses Wahlrecht aber unmöglich als eine besondere dritte Form des Intervenirens aufgefaßt werden kann. S. Jordan.

Intestaterbfolge[1]) (römische) ist die Erbfolge, welche nach allgemeiner Rechtsvorschrift gewissen Personen deferirt wird, wenn kein testamentarischer (oder vertragsmäßiger[2])) Erbe eintritt, es sei nun, daß der Verstorbene ein giltiges Testament gar nicht hinterlassen habe, oder dasselbe erst nachher, durch Destitution oder Rescission, ungiltig geworden sei[3]). Sie heißt eben deßhalb Intestaterbfolge, weil sie nur in Ermangelung der testamentarischen Erbfolge stattfindet, also nur dann, wenn der Erblasser wenigstens dem Effecte nach als intestatus decedit. Sie wird erst eröffnet, wenn die testamentarische Erbfolge ausgeschlossen ist, was bald schon im Zeitpunkte des Todes des Erblassers, bald auch erst später entschieden sein kann[4]). Auch kann nach römischem Rechte nicht etwa

1) Aeltere Bearbeitungen dieser Lehre sind unter anderen: Ranchini tr. de successione ab intestato (in Meermanni thesaur. iur. civ. tom. III. p. 194—234.); Strykii tr. de succ. ab int. (in opp. praest. tom. IV.); Kochii succ. ab int. civilis (edict. 8.) Giess. 1798. Neuere: Glück, hermeneut.-syst. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. Erlangen 1803, 2. Aufl. 1822; Roßhirt, Einl. in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestaterbrechtes, besonders nach römischen Quellen. Landshut 1831. Vgl. auch Hugo, comm. de fundamento succ. ab int. ex iure rom. ant. et novo. Gött. 1785.

2) Vgl. dieses Werk Bd. IV, S. 27 flg.

3) Pr. J. de hereditatibus quae ab intestato deferuntur. (3. 1.): Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non iure fecit, aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est, aut nemo ex eo heres extitit. L. 1. pr. D. de suis et legit. hered. (38. 16.)

4) L. 39. D. de a. v. o. h. (29. 2.): Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. L. 8. Cod. comm. de succ. (6. 59.)

blos für einen Theil der Erbschaft testamentarische Erbfolge eintreten, für einen anderen Theil neben jener die Intestaterbfolge; beide schließen einander völlig aus, nach der Regel: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest[5]), welche Regel jedoch bei Soldatenerbschaften überhaupt nicht gilt[6]), und außerdem noch in Folge einer nur partiell wirkenden Rescission des Testamentes eine Ausnahme erleiden kann[7]).

Die Intestaterbfolge erscheint demnach im Systeme des römischen Rechtes als die secundäre Erbfolge, welcher die testamentarische unbedingt vorgeht. Von der anderen Seite betrachtet aber kann man sie im Systeme auch voranstellen, als die auf der Regel des Rechtes unmittelbar beruhende Erbfolge, die nur durch einen bestimmten Act des Privatwillens ausgeschlossen wird. Man nennt sie daher auch die gesetzliche Erbfolge, die Intestaterben gesetzliche Erben, im römischen Rechte legitima hereditas, legitimi heredes[8]). Diese Bezeichnung beschränkt sich jedoch nur auf die civilrechtliche Intestaterbfolge, deren Grundlage die betreffenden Bestimmungen des Zwölftafelgesetzes bildeten. Neben dieser kommt als entsprechende prätorische Erbfolge die bonorum possessio intestati vor, und die bonorum possessio contra tabulas, die auch auf einer Rechtsvorschrift beruht und ihrem Wesen nach nur eine modificirte Intestaterbfolge unter besonderen Voraussetzungen ist[9]).

Der Grund der Berufung bestimmter Personen zur Intestaterbfolge liegt vorzüglich in der Familienbeziehung zu dem Erblasser. Das römische Recht hat darin seit den zwölf Tafeln die bedeutendsten Aenderungen erfahren, bis Justinian durch die Novelle 118 und 127 eine neue einfache Ordnung der Intestaterbfolge gründete. Die wissenschaftliche Einsicht in dieses neuere Intestaterbrecht ist aber nicht möglich, ohne Rückblick auf jene geschichtliche Entwickelung. Wir müssen daher der Darstellung des neuesten und heutigen Intestaterbrechtes eine kurze geschichtliche Einleitung vorausgehen lassen.

Nach Bestimmung der zwölf Tafeln erbten 1) vor allen die sui heredes, d. i. diejenigen Personen, welche der väterlichen Gewalt (oder Mannes[10])) des Erblassers unterworfen wären, wenn er noch lebte, nun

---

5) §. 5. J. de hered. instit. (2. 14.) L. 7. D. de R. J. Vgl. darüber Roßhirt a. a. O. S. 38—50. Huschke, im rhein. Mus. Bd. VI, S. 257—369.

6) L. 6. D. de testam. milit. (29. 1.) L. 7. D. cit. v. in paganis. L. 19. §. 2. D. de castrensi peculio. (49. 17.)

7) L. 15. §. 2. D. de inoff. testam. (5. 2.)

8) D. de suis et legitimis heredibus. (38. 16.) Cod. de legitimis heredibus. (6. 58.)

9) Vgl. Bd. II, S. 316—323. — L. 17. Cod. de collat. (6. 20.): Quocunque iure intestatae successionis, aut testamento penitus non condito, aut, si factum fuerit, contra tabulas bonorum possessione petita, vel inofficiosi querela mota rescisso.

10) Die Frau oder Schwiegertochter in manu stand der Tochter oder Enkelin in potestate gleich. Da aber im neueren römischen Rechte die manus ganz verschwunden ist, so soll dieß im Folgenden nicht weiter speciell berücksichtigt werden.

aber durch den Tod desselben sui iuris waren. Dazu gehörten also Söhne und Töchter, adoptirte oder natürliche, welche bis zu des Erblassers Tode in dessen väterlicher Gewalt gestanden und auch nachher bis zur Eröffnung der Intestaterbfolge (Note 4) keine capitis deminutio, die sie der angestammten Familie entzog, erlitten hatten; ferner unter derselben Voraussetzung Kinder von Söhnen und so weiter Urenkel im Mannsstamme, wenn ihnen nicht mehr ein erbberechtigter Parens vorging; auch die erst nach des Erblassers Tode geborenen, jedoch damals wenigstens schon gezeugten Kinder, welche, wenn er ihre Geburt noch erlebt hätte, in seine Gewalt gekommen wären, nun aber sui iuris waren, Postumi, welchen auch noch Andere gleich geachtet wurden (quasi postumi), die zwar schon bei Lebzeiten des Erblassers geboren, aber erst später in eine Lage gebracht waren, wodurch sie der väterlichen Gewalt des Verstorbenen unterworfen sein würden, wenn dieser es noch erlebt hätte[11]). Alle diese Personen wurden ganz von selbst Erben, sobald sie nicht durch ein giltiges Testament ausgeschlossen waren[12]), und ihr Erbrecht scheint im Gesetze nur als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, nicht positiv festgesetzt worden zu sein[13]), da sie gewissermaßen schon bei Lebzeiten ihres Familienhauptes als Theilnehmer des Familienvermögens galten[14]). Mehrere sui heredes aber theilten sich in die Erbschaft nach Stämmen, in stirpes, d. h. es wurde für jeden der Söhne oder Töchter, welche selbst oder deren Nachkommen miterbten, ein gleicher Erbtheil gerechnet[15]), und dieser den Nachkommen je desjenigen Sohnes, welcher selbst nicht mehr erbte, als gemeinschaftlicher Erbtheil zugewiesen, so zwar, daß derselbe auch unter ihnen wieder in gleicher Weise sich theilte, und also durchaus die miterbenden Descendenten des zweiten, dritten Grades u. s. w. nur denjenigen Erbtheil erhielten, welchen ihr nicht mehr erbender Parens erhalten haben würde, in parentis locum succedunt[16]). — Wenn nun sui heredes gar nicht vorhanden waren, so wurde die Erbschaft 2) den nächsten Agnaten deferirt[17]), d. h. Seitenverwandten, die zu derselben

---

11) Cai. III. 1—6. Ulp. XXII. 14. 15. XXVI. 1. Paull. sent. IV. 8. §. 3. 4. 7—12. v. Collat. XVI. cap. 2. §. 1—6. cap. 3. §. 1—12. cap. 4. 5. Cf. L. 1. §. 2—8. D. de suis. (38. 16.), §. 1—5. J. de hered. ab int. (3. 1.)

12) Collat. l. c. cap. 3. §. 5. und in diesem Werke Bd. IV, S. 7, Bd. V, S. 619, Note 21.

13) Cautum est lege XII. tabb.: Si intestatus moritur, cui *suus heres nec esit*, agnatus proximus familiam habeto. Ulp. XXVI. 1. Collat. l. c. cap. IV. §. 1. Ohne Zweifel hat diese Stelle der XII. tabb. erst zur Entstehung des technischen Begriffes von suus heres Veranlassung gegeben.

14) Cai. II. 156.: Domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur. Collat. l. c. cap. 3. §. 6. L. 11. D. de lib. et post. (28. 2.) Cf. L. 7. pr. D. de bon. damnat. (48. 20.)

15) L. 11. Cod. fam. ercisc. (3. 36.): Inter filios et filias bona intestatorum parentum pro virilibus portionibus aequo iure dividi oportere.

16) Cai. III. §. 7. 8. Ulp. XVI. 2. Collat. cap. 3. §. 9.

17) Vgl. Note 13.

Familie im altrömischen Sinne gehörten[18]); denn die agnatischen Descendenten waren die sui heredes, agnatische Ascendenten aber konnte ein Paterfamilias nicht haben, und nur ein solcher konnte Erblasser sein[19]). Die Praxis hatte aber das Erbrecht weiblicher Agnaten auf den ersten Grad der Seitenverwandtschaft eingeschränkt, so daß also nur die agnatische Schwester (consanguinea, und gleich ihr die Mutter, welche in manu patris gestanden) erbte, während doch auch entferntere Agnatinnen von ihren Agnaten beerbt wurden[20]); daher werden die agnatischen Geschwister (consanguineus, consanguinea) wohl noch von den übrigen Agnaten unterschieden[21]). Und nur denjenigen, welche zur Zeit der Eröffnung der Intestaterbfolge die nächsten Agnaten waren, wurde die Erbschaft deferirt[22]); mehreren desselben Grades zu gleichen Theilen (in capita)[23]). Wenn diese die Erbschaft nicht erwarben, so ging das Recht dazu keineswegs auf die Agnaten des folgenden Grades über (in legitimis hereditatibus sucessio non est)[24]). — Waren auch keine Agnaten vorhanden, so sollten endlich 3) die Gentilen des Verstorbenen erben[25]); dieß war aber schon zur Zeit des Cajus eine Antiquität geworden[26]). — Den Freigelassenen jedoch, welcher keine agnatische Seitenverwandte haben konnte, sollten statt dieser in der zweiten Classe der Patron oder dessen Kinder beerben[27]), und gleiches Recht auch hatte als Quasipatron derjenige, welcher den Verstorbenen aus dem mancipium manumittirt hatte, daher denn auch der Vater oder Großvater seine emancipirten Descendenten beerben konnte, als parens manumissor, wenn er sich bei der Emancipation vorgesehen hatte, daß er selbst, nicht ein Fremder (extraneus manumissor), dieselben ex mancipio manumittirte und dadurch zu homines sui iuris machte[28]).

Ausgeschlossen von der gesetzlichen Erbfolge waren hiernach alle emancipirten oder sonst irgendwie aus der römischen Familie des Erblassers

---

18) Cai. III. 9—16. Ulp. XXVI. 1. 3—6. Paull. l. c. §. 3. 14—22. Collat. XVI. cap. 3. §. 9—16. cap. 3. §. 13—20. Cf. L. 1. §. 9—11. L. 2. D. de suis et legitimis. (38. 18.) Tit. J. de legit. agnat. succ. (3. 2.)

19) Die im dritten Zeitraume der röm. Rechtsgesch. möglich gewordene Beerbung eines filiusfamilias in Betreff des soldatischen Erwerbes berührte doch nicht die Intestaterbfolge.

20) Paull. l. c. §. 22. Collat. cap. 3. §. 20. Cai. §. 14. Ulp. §. 6.

21) Ulp. l. c. §. 1. Collat. cap. 3. §. 13. 15—17.

22) Cai. l. c. §. 11. 13. 15.

23) Cai. l. c. §. 16. Ulp. §. 4. Collat. §. 19.

24) Cai. l. c. §. 12. Ulp. §. 5. Paull. §. 23.

25) Si agnatus nec esit, gentiles familiam habento. Collat. cap. 4. §. 2.

26) Cai. III. 17.

27) Cai. III. 40. Ulp. XXVII. 1—4. L. 3. pr. §. 8. D. de suis et legit. (38. 16.)

28) Cai. I. 132. 138—140. 172. 175. Ulp. XI. 5. L. 10. D. l. c. §. 8. J. de legit. agnat. succ. (3. 2.) et Theophil. ad h. l. Cf. tit. D. si a parente quis manumissus sit. (37. 12.)

ausgeschiedene Descendenten nebst ihren später erzeugten Nachkommen, und alle Nachkommen weiblicher Descendenten; der Mutter Erbschaft selbst fiel nicht ihren Kindern zu, es sei denn, daß sie in manu mariti und daher Agnatin ihrer Kinder gewesen. Ascendenten ferner erbten als solche gar nicht, und unter den Seitenverwandten waren ausgeschlossen alle weibliche Verwandte, mit Ausnahme der consanguinea, alle durch weibliche Abstammung verwandte Personen und alle diejenigen, so wie die später erzeugten Nachkommen derjenigen, welche das Recht der Agnation verloren hatten (cognati)[29].

Diese engen Schranken der gesetzlichen Erbfolge wurden nun zuerst durch das prätorische Edict durchbrochen, welches die intestati bonorum possessio einem umfassenderen Kreise von Personen darbot[30]); vor allen nämlich 1) den Kindern des Verstorbenen (liberis, daher bonorum possessio ex edicto unde liberi)[31]), welche entweder wirklich sui heredes waren oder doch nach ihrem natürlichen Verwandtschaftsverhältnisse wären, wenn sie nicht durch irgend einen Umstand aus der Familia des Erblassers ausgeschieden worden wären[32]), wohin vorzüglich die emancipirten Kinder und deren Nachkommen im Mannsstamme gehören, vorausgesetzt jedoch, daß sie überhaupt erbfähig waren und nicht zur Zeit noch in einer fremden Familie sich befanden[33]), und zwar in demselben Maße, als ob alle diese liberi noch sui heredes wären[34]), nur mit der Modification (nach Anordnung des Prätors Julianus), daß dem emancipirten Sohne und den als sui heredes mit ihm concurrirenden Kindern desselben zusammen nur ein Stammtheil von der Erbschaft des Großvaters zukommen und unter ihnen in zwei Hälften getheilt werden sollte[35]). 2) Den civilrechtlichen Intestaterben (legitimis heredibus, daher b. p. ex edicto unde legitimi)[36]), als welche denn auch wieder sui heredes vorkommen konnten. 3) Den Cognaten des Erblassers (b. p. ex edicto unde cognati)[37]), unter welchen denn auch wieder Kinder und Agnaten vorkommen konnten, und zwar je nach der Nähe des Grades (proximitatis nomine), mehrere von gleichem Grade zu gleichen Theilen (in capita), aber mit Beschränkung

---

29) Cai. III. 18—24.

30) Cai. III. 25—32. Ulp. XXVIII. 7—9. Collat. XVI. cap. 5—8. Cf. §. 3. J. de bon. poss. (3. 10.) Vgl. dieses Werk Bd. II, S. 326—333.

31) Dig. si tabulae testamenti nullae extabunt, unde liberi. (38. 6.) Cod. unde liberi. (6. 14.) Cf. §. 9—13. J. de her. ab int. (3. 1.)

32) Vgl. dieses Werk Bd. III, S. 309 flg., Note 3, 4, Bd. II, S. 317—319.

33) Denn adoptio tam diu nocet, quamdiu quis in aliena familia sit. L. 6. §. 4. D. de b. p. c. t. (38. 4.)

34) L. 5. §. 1. D. unde liberi. (38. 6.) Cf. L. 6. §. 1. 2. L. 11. §. 1. L. 12. pr. D. de b. p. c. t. (38. 4.) L. 1. Cod. unde lib. (6. 14.)

35) L. 5. pr. §. 2. D. h. t. Cf. tit. D. de coniungendis cum emancipato liberis eius. (37. 8.)

36) Dig. unde legitimi. (38. 7.) Cod. unde legitimi. (6. 15.)

37) Dig. unde cognati. (38. 8.) Cod. unde legitimi et unde cognati. (6. 15.) Cf. tit. J. de succ. cognat. (3. 5.)

auf die Cognaten bis zum sechsten Grade einschließlich und die Kinder des Sobrinus und der Sobrina aus dem siebenten Grade. 4) Endlich dem überlebenden Ehegatten (b. p. ex edicto unde vir et uxor)[38]. Diesen verschiedenen Classen von Personen wurde die bonorum possessio auch nacheinander deferirt; wenn sie von den Berechtigten einer Classe abgelehnt oder nicht in gehöriger Frist agnoscirt war, so wurde sie der folgenden Classe eröffnet (successio ordinum), und in der dritten Classe (unde cognati) fand zudem eine gleiche Nacheinanderfolge der verschiedenen Grade der Verwandten statt, bis zu dem äußersten Grade, der überhaupt noch berücksichtigt war[39]) (successio graduum). In der zweiten Classe (unde legitimi) dagegen fand eine solche successio graduum nicht statt, denn die bonorum possessio wurde hier nur denjenigen deferirt, die civilrechtlich gesetzliche Erben waren, und in legitimis hereditatibus successio non erat[40]); und auch in der ersten Classe (unde liberi) konnte consequent keine Rede davon sein, indem darin die emancipirten Kinder nur, gleich als wären sie sui heredes, mit diesen berufen sein sollten[41]). — Besondere Modificationen traten auch bei der prätorischen Intestaterbfolge ein, wenn der Erblasser ein Freigelassener war. Vorerst nämlich konnte der Patron gegen Erben der ersten Classe die Hälfte der Erbschaft in Anspruch nehmen, wenn diese nur solche sui heredes waren, die nicht schon vermöge natürlicher Abstammung zu den liberi gehörten (b. p. contra suos heredes)[42]), und gleiches Recht hatte auch hier der parens manumissor, jedoch nur, wenn er der leibliche Vater des emancipirten Kindes war[43]). Ferner wurde nach der dritten Classe (unde cognati) noch eingeschoben die familia patroni, oder wenn der Patron selbst freigelassen war, patronus patrona, item liberi (parentes)ve patroni patronaeve, und nach dem überlebenden Ehegatten kamen endlich noch die Cognaten des Freilassenden (cognati manumissoris); dagegen wurden dem extraneus manumissor, der civilrechtlich zu den gesetzlichen Erben, also zur zweiten Classe der prätorischen Intestaterben gehörte, alle Cognaten ersten und zweiten Grades des Verstorbenen vorgezogen, d. i. zehn Arten von Cognaten (pater mater, avus avia, filius filia, nepos neptis, frater soror), daher decem personae[44]). Es ergeben sich darnach im Ganzen sieben, oder wenn man diese decem

---

38) Dig. unde vir et uxor. (38. 11.) Cod. 6. 18.

39) Dig. de successorio edicto. (38. 11.) Cod. 6. 16. Cf. Dig. quis ordo in possessionibus servetur. (38. 15.) Dieses Werk Bd. II, S. 309, 310.

40) §. 7. J. de legit. agnat. succ. (3. 2.) Cf. Cai. III. 28. und oben Note 24. Dieses Werk Bd. II, S. 328, Note 201.

41) Vgl. Vangerow, Pand. II, §. 407. — And. Mein. Mayer, das Recht der Anwachsung S. 270 flg.

42) Cai. III. 40. 41. Ulp. XXIX. 1.

43) L. 2. §. 15. D. ad SC. Tertull. (38. 17.)

44) Ulp. XXVIII. 7. Collat. XVI. cap. 8. 9. §. 3. 4. J. de bonor. poss. (3. 10) et Theophil. ad h. l. Vgl. darüber Göschen, in Hugo's civ. Mag. IV. S. 12. Unterholzner, Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. V. S. 2. Huschke, Studien des römischen Rechtes S. 25 flg., und dieses Werk Bd. II, S. 328 flg.

personae als besondere Classe ansieht, acht verschiedene Classen von prätorischen Intestaterben, die jedoch nicht alle bei einem und demselben Erbfalle vorkommen konnten.

Vergleicht man diese prätorische Erbfolgeordnung mit der civilrechtlichen, so findet sich, daß sie die letzte, so viel die Beerbung nicht manumittirter Personen betrifft, nur in einem Punkte beeinträchtigte, darin nämlich, daß sie die Folgen der Ausscheidung aus dem Suitätsverhältnisse practisch beseitigte, indem sie den emancipirten Kindern gleich den sui heredes die Erbschaft in erster Ordnung darbot, und ihnen daher auch im Conflicte mit Civilerben dieselbe zum Theil oder ausschließlich sicherte; alle Anderen mußten den civilrechtlichen Erben nachstehen, und diese konnten, auf ihr Civilerbrecht sich beschränkend, die bonorum possessio derselben unwirksam machen. Auch war dieses prätorische System für jede Erweiterung des civilen Intestaterbrechtes empfänglich, indem jeder Civilerbe ohne Schwierigkeit seinen Platz in der zweiten Classe finden konnte. Solche Erweiterungen erfolgten auch bald unter den Kaisern und häuften sich besonders unter den späteren Kaisern. Es wurde nämlich 1) was die allgemeine Erbfolgeordnung betrifft, a) in der Verwandtschaft absteigender Linie vorerst den Söhnen und Töchtern ein neues Intestaterbrecht ertheilt im Verhältnisse zur Mutter als solcher (sine in manum conventione), und zwar vor allen anderen gesetzlichen Erben der Mutter, so daß sie überhaupt die erste Stelle unter allen Intestaterben derselben behaupteten, da eine b. p. ex edicto unde liberi bei Beerbung der Mutter nicht vorkommen konnte. Machten aber die Kinder von diesem Erbrechte keinen Gebrauch, so trat das alte Recht ein, und insofern konnte jetzt in der Classe der legitimi heredes eine successio ordinum stattfinden. Das Gesetz, welches diese Aenderung bewirkte, war ein SC. Orphitianum, ex oratione M. Aurelii et Commodi[45]). Weiter ging eine Constitution v. J. 389 n. Chr.[46]). Sie gewährte auch den Enkeln ein Civilerbrecht gegen die mütterlichen Großeltern und die väterliche Großmutter[47]), jedoch mit Vorbehalt von ¼ der Erbschaft für die Agnaten, welche nach bisherigem Civilrechte erbten, und bei Beerbung des mütterlichen Großvaters, welcher außerdem noch Erben der ersten prätorischen Classe (b. p. ex edicto unde liberi) hinterließ, mit Beschränkung auf ⅔ des entsprechenden Stammtheiles. Justinian aber beseitigte zuerst (a. 528.) jenen Vorbehalt für die Agnaten[48]), und dann (a. 535.

---

45) Ulp. XXVI. 7. Paull. sent. IV. 10. Tit. J. de Orphit. SC. (3. 4.) Cod. ad Orphit. SC. (6. 57.) L. 1. 4. 6. §. 1. L. 9. D. ad SC. Tertull. et Orphit. (38. 17.)

46) L. 4. Theod. Cod. de legit. hered. (5. 1.) (Valentin. Theod. et Arcad. Constantiano pf. p. Galliarum), im Just. Codex mit Auslassungen aufgenommen als L. 9. Cod. de suis et legitimis liberis et ex filia nepotibus ab intestato venientibus. (6. 55.) Cf. L. 5. Theod. Cod. l. c.

47) Den väterlichen Großvater konnten sie ex edicto unde liberi beerben.

48) L. 12. Cod. l. c. Cf. §. 1. J. de SC. Orphit. §. 15. 16. J. de hered. ab int. (3. 1.)

536.) auch diese Beschränkung des Stammtheiles[49]). Jetzt also konnten Descendenten, denen nach älterem Rechte nur ex edicto unde cognati b. p. deferirt wurde, als Civilerben mit dem Anspruche auf einen gleichen Erbtheil neben Erben der ersten prätorischen Classe vorkommen, und deren b. p. ex edicto unde liberi pro parte unwirksam machen, obwohl ihnen selbst nicht diese b. p. beigelegt wird[50]). Eine bedeutende Modification in der Erbfolge der Descendenten hatte außerdem Justinian's Verordnung über die Adoption bewirkt[51]), und durch ein anderes Gesetz gab Justinian auch den Concubinenkindern ein beschränktes Erbrecht gegen den Erzeuger, wie diesem gegen jene[52]), während er das Erbrecht der unehelichen Kinder einer mater illustris durch eine singuläre Rechtsvorschrift beschränkt hatte[53]). — b) Unter den Verwandten aufsteigender Linie wurde durch das SC. Tertullianum zu Hadrian's Zeit die Mutter des verstorbenen Kindes in die Classe der legitimi heredes vorgeschoben, und zwar zunächst hinter die agnatischen Brüder des Erblassers, neben die agnatischen Schwestern, wenn Brüder nicht erbten, so daß sie alsdann die Hälfte der Erbschaft bekommen sollte, und vor alle anderen Agnaten. Jedoch sollte dieses neue Erbrecht der Mutter nicht stattfinden, wenn ein leiblicher Descendent des Sohnes auch nur ex edicto unde cognati, oder wenn irgendwie (als parens manumissor oder ex ed. unde cognati) der leibliche Vater des Verstorbenen erben konnte. Auch war dasselbe bedingt durch das ius trium vel quatuor liberorum der Mutter. Machte aber die Mutter von diesem ihrem Erbrechte keinen Gebrauch, so trat auch hier das alte Recht ein, und andererseits trat jenes in Wirksamkeit, wenn die dasselbe ausschließenden Personen die Erbschaft nicht erwarben, und es konnte also insofern auch dadurch eine Art von successio ordinum in der Classe der legitimi heredes sich ergeben[54]). Durch spätere Constitutionen wurde aber der Mutter auch, wenn sie das ius liberorum nicht hatte, ein Anspruch auf einen Theil der Erbschaft beigelegt, und dagegen einigen Seitenverwandten auch neben der des ius liberorum sich erfreuenden Mutter ein Erbtheil zugewiesen[55]). Endlich gab Justinian der Mutter, ohne Rücksicht auf das ius liberorum, auch neben Brüdern oder Brüdern und Schwestern ein Erbrecht auf einen Kopftheil[56]) und beschränkte dann dasselbe, auch wenn sie nur mit Schwestern concurrirte, ebenfalls auf einen Kopftheil[57]). c) In der Seitenverwandtschaft hat

49) Nov. 18. cap. 4.
50) L. 12. Cod. cit.: Quibus unde liberi b. p. minime competit.
51) L. 10. Cod. de adopt. (8. 48.)
52) Nov. 18. cap. 6. Nov. 89. cap. 12. 13.
53) L. 5. Cod. ad SC. Orphit. (6. 57.): Et hanc legem ipsi pudicitiae, quam semper colendam censemus, merito dedicamus!
54) Ulp. XXVI. 8. Paull. sent. IV. 9. Tit. J. de SC. Tertull. (3. 3.) Cod. ad SC. Tertull. (6. 56.) L. 2. 3. 5. 6. pr. 7. 8. 10. D. ad SC. Tertull. et Orphit. (38. 17.)
55) L. 1. 2. 7. Theod. Cod. l. c. (a. 321. 369. 426.)
56) L. 7. Cod. h. t. (a. 528.)
57) Nov. 22. cap. 47. §. 2. (a. 536.)

zuerst Constantin Einigen, ungeachtet sie die Agnationsrechte verloren hatten, einen Erbtheil neben der Mutter beigelegt[58]). Dann führte Anastasius (503) nicht nur eine Emancipation ein, bei welcher die Agnationsrechte vorbehalten werden konnten, sondern ertheilte auch, wenn dieß nicht geschehen war, den Geschwistern unter einander unbedingt den Vorzug vor entfernteren Agnaten, und ließ die emancipirten neben nicht emancipirten Geschwistern wenigstens zu geringerem Theile erben[59]). Justinian aber gewährte (532. 534.) nicht nur allen emancipirten Geschwistern, sondern überhaupt allen Geschwistern, auch den halbbürtigen von Mutterseite (uterini), und weiterhin den Kindern derselben, ein vollkommenes agnatisches Erbrecht neben den Agnaten gleichen Grades, ertheilte auch den weiblichen Agnaten ein gleiches Erbrecht wie den männlichen, und verordnete, daß nun auch in der Classe der legitimi heredes allgemein Succession der verschiedenen Grade stattfinden solle[60]), zuletzt aber (539) gab er den vollbürtigen Geschwistern vor den halbbürtigen den Vorzug[61]). 2) Die Beerbung freigelassener Personen insbesondre erfuhr zuerst einige Modificationen durch den Einfluß der Lex Julia et Papia Poppaea und der Gesetze über Freilassungen[62]); neu geordnet wurde dieselbe durch Justinian[63]). Was aber die aus dem Mancipium freigelassenen Personen betrifft, so kommt bekanntlich im Justinianischen Rechte eine eigentliche manumissio ex mancipio überall nicht mehr vor; der extraneus manumissor und somit auch die besondere bonorum possessio unde decem personae ist gänzlich weggefallen[64]). Dem emancipirenden Vater hat aber Justinian doch noch die Quasipatronatsrechte erhalten und regelmäßig beigelegt, gleich als hätte er das Kind, wie nach altem Rechte (contracta fiducia), aus dem Mancipium manumittirt, und so ist denn auch das gesetzliche Erbrecht, wie die gesetzliche Vormundschaft, des parens manumissor im Justinianischen Rechte noch anerkannt[65]). Allein dasselbe war durch die unter 1) erwähnten Neuerungen mehrfach beschränkt worden. Das SC. Orphitianum (1. a.) scheint zwar zunächst eben so dem parens manumissor wie dem Patronus der Mutter neben den Kindern derselben noch einen Erbtheil vorbehalten zu haben; aber auch dieses wurde später aufgehoben[66]). Dann ferner wurde durch das SC. Tertullianum (1. b.) nur das Intestaterbrecht des natürlichen Vaters unangetastet gelassen, das

---

58) Vgl. Note 55.

59) L. 11. Cod. de legit. hered. Cf. §. 1. J. de succ. cognat. et Theophil. ad h. l.

60) L. 14. 15. Cod. l. c. §. 3. 4. 7. J. de legit. agnat. succ.

61) Nov. 84.

62) Vgl. oben Note 44.

63) L. 4. Cod. de bonis libert. (restituirt) (61. 4.) Vgl. tit. J. de succ. libert. (3. 7.) Dig. de bonis libert. (38. 2.)

64) Vgl. Note 28, 44.

65) §. 8. J. de legit. agnat. succ. (3. 2.) §. 6. J. quib. mod. ius patr. pot. solv. (1. 12.) L. 6. Cod. de emancipat. (8. 49.) Vgl. tit. J. de legit. parent. tutela. (1. 18.)

66) L. 3. Th. Cod. de legit. hered. (5. 1.) oder L. 4. Cod. ad SC. Orphit. (6. 57.) Vgl. L. 1. §. 9. D. ad SC. Tert. et Orph. (38. 17.)

Erbrecht anderer Emancipatoren aber, z. B. des Adoptivvaters, des väterlichen Großvaters, dem neuen Erbrechte der Mutter hintangesetzt[67]), und endlich wurde (nach 1. c.) der parens manumissor auch durch die Geschwister ausgeschlossen, so daß ihm nur der Nießbrauch verbleiben sollte[68]); falls aber zugleich die Mutter und Geschwister mit dem Vater concurrirten, so sollte nach einer Verordnung Justinian's dem Vater und der Mutter zusammen der Nießbrauch von zwei Dritttheilen der Erbschaft, die Proprietät des Ganzen mit freiem Nutzungsrechte an einem Dritttheile den Geschwistern zufallen[69]). — Eine besondere Erörterung müssen wir zuletzt noch 3) der Beerbung derjenigen Personen widmen, welche als abhängige von der Familiengewalt eines Anderen (alieni iuris) verstorben waren. Nach altem Rechte konnten solche Personen überhaupt gar keine Intestaterben haben; auch das soldatische Vermögen, obwohl der Haussohn darüber ein Testament errichten konnte, fiel doch, wenn ein solches nicht vorlag, als peculium dem Vater anheim[70]). Als aber durch Verordnungen späterer Kaiser an gewissen Erwerbungen den Kindern die Proprietät beigelegt, und nur der Nießbrauch daran dem Vater vorbehalten wurde, so wurden nun auch über die Vererbung solchen Vermögens, falls die Kinder vor Aufhebung der väterlichen Gewalt stürben, eigene Bestimmungen aufgestellt. Zuerst verordnete eine Constitution vom J. 426, daß die Proprietät des Muttergutes der Kinder jedenfalls auf deren Kinder, und, wenn der Vater eine andere Ehe eingegangen, auch auf deren Geschwister aus derselben Ehe übergehen solle[71]). Nach einer anderen Verordnung derselben Kaiser aber sollte auch die dos oder donatio ante nuptias eines Kindes den Descendenten desselben, und das einem Enkel von Mutterseite erworbene Gut durch den Tod desselben nicht dem Großvater, sondern dem noch lebenden Vater zu Theil werden[72]). Dann wurde im J. 471 verordnet, daß die Proprietät aller aus Veranlassung einer Ehe gemachten Erwerbungen eines Hauskindes zunächst den Kindern, dann den vollbürtigen, weiter den halbbürtigen Geschwistern, und zuletzt dem Vater oder Großvater desselben zukommen solle[73]). Und diese Bestimmung dehnte alsdann Justinian auch auf das von Mutterseite erworbene Vermögen der Hauskinder aus[74]). Später erst erließ Justinian das Gesetz, durch welches den Kindern in väterlicher Gewalt die Proprietät alles nicht vom Vater her erworbenen Vermögens (aller bona adventitia) beigelegt wurde[75]), bestimmte aber dabei, daß in Be-

67) L. 2. Cod. ad SC. Tertull. (6. 56.) L. 2. §. 15. D. ad SC. Tertull.

68) L. 13. Cod. de legit. hered. (6. 58.)

69) L. 7. §. 1. Cod. ad SC. Tertull. (6. 56.)

70) L. 2. 17. D. de castrensi peculio. (49. 17.) pr. J. quib. non est permiss. (2. 12.)

71) L. 10. Theod. Cod. de matern. bon. (8. 18.) (Theod. et Valent.)

72) L. 3. Cod. de bon. quae lib. (6. 61.)

73) L. 4. Cod. l. c. (Leo et Anthem.)

74) L. 11. Cod. commun. de success. (6. 59.) (XV. Cal. Oct. a. 529.)

75) L. 6. Cod. de bon. quae lib. (6. 61.) (III. Cal. Novembr. a. 529.)

treff der Vererbung desselben dasselbe gelten solle, was früher in Ansehung des Muttergutes und ehelichen Erwerbes festgesetzt worden sei[76]). Mit den Geschwistern sollte auch hier die Mutter concurriren[77]), dem Vater aber jedenfalls der Nießbrauch, den er bis zum Tode des Kindes gehabt hatte, unverkümmert bleiben[78]). Auf solche Weise war also nun auch eine Beerbung der in väterlicher Gewalt verstorbenen Kinder möglich geworden, die sich jedoch nach besonderen Bestimmungen richtete und regelmäßig durch den Nießbrauch des Vaters beschränkt war. Es war aber natürlich, daß man dieselben Successionsbestimmungen dann auch auf das peculium castrense und quasicastrense anwandte, wenn der Sohn ohne Testament verstarb, da jene Peculien ja größtentheils durch solche Erwerbungen gebildet wurden, welche unter die Regel der bona adventitia fallen würden, wenn nicht der Sohn als Soldat noch mehr Recht daran hätte[79]). Ob übrigens dem Vater selbst jenes Vermögen der Kinder, wenn er nicht durch Kinder oder Geschwister und Mutter ausgeschlossen wurde, nun auch noch iure peculii oder vielmehr iure hereditatis zufallen sollte, das ist in den Justinianischen Institutionen nicht klar ausgesprochen; nach Vergleichung mit den betreffenden Pandektenstellen ist aber doch das erste anzunehmen[80]).

Wir haben nun die Entwickelung des römischen Intestaterbrechtes bis zum Abschlusse der Justinianischen Rechtsbücher verfolgt. Es ergibt sich daraus, wie verwickelt dasselbe nach diesen letzten erscheinen mußte, da man die Grundlage der älteren gesetzlichen Erbfolge noch immer nicht ganz verlassen, sondern nur theilweise durch viele einzelne Neuerungen erschüttert hatte. Es war daher ein sehr angemessener Gedanke, wenn Justinian nachträglich das gesetzliche Erbrecht der Verwandten ganz neu ordnete und dabei die Rücksicht auf die Agnation völlig fallen ließ; es wäre nur zu wünschen gewesen, daß er in einem Gesetze gleich die ganze Erbfolgeordnung nach ihrem ganzen Umfange umfaßt hätte. Jene wichtige Aenderung wurde bewirkt durch die berühmte Novelle 118, zu wel-

---

76) L. 6. §. 3. in f. Cod. l. c.

77) L. 7. §. 1. Cod. ad SC. Tertull. (6. 56.)

78) L. 7. §. 1. cit. L. 11. cit. in f.

79) Arg. §. pr. J. quib. n. e. permiss. (2. 12.): Si vero intestati decesserint nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum iure communi pertinebit.

80) In L. 2. D. de castr. pecul. und L. 18. D. ad leg. Falcid. (35. 2.) wird in Betreff des castrense peculium noch das alte Recht entschieden anerkannt, und so ist also auch wohl §. J. cit. (iure communi) zu verstehen. Auch sagt L. 11. Cod. cit.: ad ultimum locum pater a legibus conclametur et sui filii non gratam hereditatem relictam, sed triste lucrum sibi lugeat acquisitum; und wenn dasselbe Gesetz am Ende die Brüder als solche bezeichnet, qui ad hereditatem defuncti patrem antecedunt, so steht dieß nicht damit im Widerspruche, da die Brüder allerdings iure hereditatis das Vermögen überkamen. Vgl. Vangerow, Pand. II. S. 85 flg.

cher die Novelle 127 nur in einem Punkte eine nachträgliche Ergänzung gab[81]). Von diesen Gesetzen ausgehend, müssen wir nun

das geltende Intestaterbrecht

darzustellen suchen. Ehe wir aber zu der Auseinandersetzung der jetzigen Erbfolgeordnung nach ihren einzelnen Classen übergehen, ist es nothwendig, vorerst einige Bemerkungen über den Inhalt der Novelle 118 im allgemeinen und über deren Verhältniß zu dem früheren Justinianischen Rechte vorauszuschicken.

In der Einleitung seines Gesetzes spricht Justinian mit ausdrücklichen Worten den Vorsatz aus, die verwickelten bisherigen Bestimmungen über die Erbfolge der Verwandten durch eine neue einfache und klare Anordnung, die künftig allein gelten solle, zu ersetzen[82]). Der Unterschied zwischen Cognaten und Agnaten sollte fortan völlig unbeachtet bleiben und die Cognation ausschließlich die Grundlage des gesetzlichen Erbrechtes der Verwandten bilden[83]). Demnach sind nun unzweifelhaft die drei ersten Classen der prätorischen Intestaterben (liberi, legitimi, cognati), so weit darin Verwandte als solche berufen waren, durch die neue Ordnung völlig absorbirt worden. Alle Cognaten sind nun als legitimi heredes berufen, in der durch das neue Gesetz bestimmten Reihenfolge; sie könnten etwa als legitimi auch jetzt noch bonorum possessio ex edicto unde legitimi agnosciren, aber sie bedürfen derselben überall nicht mehr, um zur Erbschaft zu gelangen, und eine bonorum possessio ex edicto unde liberi, die dem Erbrechte der jetzigen legitimi vorginge, kann nicht mehr vorkommen. Allein 1) die Novelle beschränkt sich nur darauf, den Unterschied unter Cognaten und Agnaten aufzuheben und die Ordnung der Erbfolge unter den Cognaten zu bestimmen. Ueber den Begriff der Cognation oder die Voraussetzungen, unter denen überhaupt Jemand als erbfähiger Cognat eines bestimmten Anderen gelten könne, sagt sie nichts, sondern verweist deßhalb stillschweigend auf das bisherige Recht. Hieraus

81) Die Novelle 118 wurde a. p. Chr. 543., die Novelle 127 aber a. 547. erlassen. Vgl. Biener, Gesch. der Novellen S. 523, 524.

82) Necessarium esse perspeximus, omnes simul ab intestato cognationum successiones per praesentem legem clara compendiosaque divisione disponere; itaque prioribus legibus pro hac causa positis vacantibus, de cetero ea sola servari, quae nunc constituimus.

83) Justinian tadelt zuerst in der Einleitung die älteren Gesetze, per quas non iuste differentia ab intestato successionis inter cognatos ex masculis et feminis introducta est; er erklärt dann bei den einzelnen Classen der Verwandten wiederholt, daß es jetzt auf jenen Unterschied nicht mehr ankommen solle, und sagt dann noch wieder allgemein in cap. IV.: Nullam vero volumus esse differentiam in quacunque successione aut hereditate inter eos, qui ad hereditatem vocantur, masculos ac feminas, quos ad hereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi sive per feminae personam defuncto iungebantur, sed in omnibus successionibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus, sive per femineam personam sive per emancipationem sive per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur, et omnes sive qualibet huiusmodi differentia secundum proprium cognationis gradum ad cognatorum successionem ab intestato venire praecipimus.

ergibt sich nun Folgendes: a) Derjenige, welcher zur Zeit des Todes des Erblassers nicht wenigstens schon erzeugt war (nondum conceptus), kann diesen nicht als Cognat beerben. Denn im älteren Rechte ist auf das bestimmteste ausgesprochen, daß hier in keiner Weise ein Intestaterbrecht stattfinde, insbesondre auch nicht ex edicto unde cognati, und zwar aus dem Grunde nicht, weil jener später Erzeugte in Wahrheit niemals Cognat des Verstorbenen gewesen sei[84]). Da nun in dieser Beziehung die Novelle nichts anderes verordnet, so muß auch nach dieser noch jener Satz behauptet werden, obwohl es unserm Gefühle widerstreiten mag, z. B. den nach dem Tode des Großvaters gezeugten Enkel von der Erbschaft desselben auszuschließen, wenn inzwischen vor Eröffnung der Intestaterbfolge auch der Vater oder die Mutter des Enkels verstorben ist[85]). b) Unehelich gezeugte Kinder, sofern sie nicht legitimirt werden, sind zwar Cognaten ihrer Mutter, und so denn auch der mütterlichen Cognaten; sie sind aber nicht Cognaten ihres Erzeugers und somit auch nicht der Cognaten desselben; sie haben daher nach dieser Seite kein Erbrecht nach Nov. 118, weder gegen den Vater selbst, noch gegen die Verwandten desselben; sie können aber eben so wenig auch umgekehrt von den letzten nach Nov. 118 beerbt werden[86]). c) Adoptirte werden durch die Adoption Agnaten und somit auch Cognaten des Adoptivvaters und aller Agnaten desselben[87]); es muß ihnen also in demselben Umfange auch nach Nov. 118 ein Intestaterbrecht in der Adoptivfamilie zuerkannt werden, so lange das Adoptivverhältniß besteht[88]). Zugleich aber bleiben sie auch Cognaten in ihrer natürlichen Familie, und so muß ihnen also der Regel nach auch in Beziehung zu dieser das Intestaterbrecht beigelegt werden, eben so wie sie nach dem prätorischen Rechte ex edicto unde cognati als Mitglieder beider Familien erbten und beerbt wurden[89]).

---

84) L. 6—8. D. de suis et legit. (38. 16.): ... nam quod in consuetudine nepotes agnati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, non proprie sed per abusionem vel potius ἀναφορικῶς accidit. L. 1. §. 8. D. unde cognati. (38. 8.) L. 10. D. de ventre in poss. mitt. (37. 9.) L. 6. pr. D. de iniusto. (28. 3.) §. 8. J. de hered. ab int. (3. 1.): Plane si et conceptus et natus fuerit post mortem avi.... nullo iure cognationis patrem sui patris attigit. Nicht widersprechend ist L. 47. §. 3. D. de bon. lib. (38. 2.)

85) Vgl. Thibaut, civ. Abh. S. 115. Mühlenbruch, Lehrb. §. 619 und Fortsetzung des Glück'schen Comment. Bd. 39, S. 406 flg. Puchta, Lehrb. §. 441. Büchel, Streitfragen aus Nov. 118 S. 2—17. Vangerow, Leitfaden II. S. 39 flg. Anderer Meinung sind unter den Neueren: Griesinger, Gesch. der Suität S. 293. Glück a. a. O. S. 583 flg. Roßhirt a. a. O. S. 300 flg. Löbenstern, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proz. Bd. IX, S. 215 flg.

86) L. 2. 4. 8. 10. D. unde cognati. (38. 8.) §. 12. J. de nupt. (1. 10.) Vgl. unten Note 106—118.

87) L. 1. §. 4. D. unde cognati. (38. 8.) L. 4. §. 2. 10. L. 5. D. de gradib. (38. 10.)

88) L. 3. D. unde cognati.

89) L. 1. §. 4. D. l. c.: Evenit igitur, ut is qui in adoptionem datus est, tam in familia naturalis patris iura cognationis retineat, quam in familia adoptiva nanciscatur. Vgl. unten Note 119—135.

2) Die Novelle 118 ist ein allgemeines Gesetz. Da nun im älteren Rechte einzelne besondere die Erbfolge der Cognaten betreffende Bestimmungen vorkommen, so kann die Frage entstehen, ob hier nicht die bekannte Regel: Lex posterior generalis non derogat priori speciali, anzuwenden sei? Wie überall, so muß auch hier diese Regel cum grano salis angewendet werden; es ist in jedem einzelnen Falle darauf Rücksicht zu nehmen, ob eine besondere Bestimmung des älteren Rechtes als besondere auch in das Recht der Nov. 118 sich wohl noch einfügen lasse, oder mit diesem unverträglich erscheine und daher nach dem Willen des Gesetzgebers stillschweigend für aufgehoben zu halten sei[90]). 3) Die Novelle betrifft nur die gesetzliche Erbfolge der Cognaten; ganz unberührt läßt sie diejenigen Fälle der Intestaterbfolge, welche sich nicht auf Cognation oder Agnation gründeten. Von diesen Fällen standen einige gänzlich außerhalb der regelmäßigen Ordnung der Intestaterbfolge[91]), andere traten erst in Ermangelung der Erbfolge der Verwandten ein[92]); beiderlei Fälle sind unbedenklich auch nach der Nov. 118 noch practisch geblieben. Aber es gab nach dem früheren Rechte auch solche Fälle, wo Personen, die nicht Cognaten des Erblassers waren, oder ohne Rücksicht auf diese ihre Eigenschaft, ihre eigene Stelle in der regelmäßigen Erbfolgeordnung, mitten unter Verwandten, einnahmen. Ein Fall dieser Art ist von solcher Beschaffenheit, daß einem Nichtverwandten schlechthin ein gleiches gesetzliches Erbrecht mit der Classe von Verwandten, die auch nach Nov. 118 die erste Stelle einnimmt, beigelegt ist, und da ist unbedenklich dieses Erbrecht auch jetzt noch als practisch anzuerkennen[93]). Schwieriger ist die Frage, ob auch das Erbrecht des parens manumissor als besonderes Erbrecht noch gelte, und in welcher Rangordnung? Bisher hatte derselbe seinen eigenen Platz, dergestalt, daß ihm die Verwandten des Erblassers theils vorangingen, theils nachstanden[94]). Die Novelle aber erwähnt seiner gar nicht, und er ist in der neuen Ordnung dieses Gesetzes kaum unterzubringen. Er folgte früher nach den Geschwistern, vollbürtigen oder halbbürtigen[95]), und ging den Geschwisterkindern vor; nach dem neuen Gesetze aber schließen die Kinder vollbürtiger Geschwister die halbbürtigen Geschwister aus, und so würden nun jene und diese und der parens manumissor einander in ewigem Kreise die Erbschaft abjagen; und zudem würde es auch an einer genügenden Bestimmung über das Verhältniß zu den Ascendenten des Erblassers fehlen. Ist der parens manumissor der natürliche Vater, so hat er ohnehin nach Nov. 118 ein besseres Intestaterbrecht; ist er der Großvater, und der Vater lebt auch noch, so muß er jetzt unzweifelhaft sowohl diesem als der Mutter nachstehen[96]); wenn aber Vater und Mutter nicht mehr leben, so hat er

90) Vgl. unten Note 107, 121, 127.
91) Vgl. oben Note 52, unten Note 113, 181.
92) Vgl. oben Note 38, unten Note 171.
93) Vgl. unten Note 120, 121.
94) Vgl. oben Note 28, 43, 65—69.
95) Vgl. oben Note 66, 68.
96) Vgl. oben Note 67 und unten Note 145.

wieder als Großvater ein besseres Intestaterbrecht, wie als parens manumissor. Bei dieser Lage der Sache ist man wohl befugt, anzunehmen, daß Justinian durch das besondere Erbrecht des parens manumissor seine neue Erbfolgeordnung der Verwandten nicht gestört oder unterbrochen sehen wollte. Es würde nur noch für den Adoptivvater, qui pater esse desiit[97]), bedeutend sein, und daß dieser von Justinian vernachlässigt oder wenigstens allen Verwandten nachgesetzt wurde, ist vollkommen erklärlich. Jedenfalls können wir im heutigen Rechte jenes besondere Erbrecht des parens manumissor als antiquirt betrachten, nachdem es von jeher von den meisten Rechtsgelehrten dafür angesehen oder gänzlich ignorirt worden ist[98]). 4) Nach Nov. 118 ist nun auch das Vermögen der in väterlicher Gewalt befindlichen Personen (bona adventitia, peculium castrense und quasi castrense) vollkommen der regelmäßigen Erbfolge unterworfen. Auch der Vater wird nun dazu in der ihm überhaupt zukommenden Rangordnung als eigentlicher Erbe berufen, und eben so wird es eventuell auch den entfernteren Verwandten deferirt. Es ist aber in dieser Beziehung noch insbesondre zu bemerken, daß der Nießbrauch, welcher dem überlebenden Vater an solchem Vermögen zustand, auch nach dem Tode des Kindes noch fortdauert, wenn der Vater nicht selbst zum Miterben desselben berufen ist, so wie er in diesem Falle auch an dem Erbtheile der seiner Gewalt ebenfalls unterworfenen Erben des Kindes den Nießbrauch erst erwerben kann; falls aber dem Vater selbst die Miterbschaft deferirt ist, so kann er an den Erbtheilen seiner Miterben den Nießbrauch nicht in Anspruch nehmen, weder als Fortsetzung des bei Lebzeiten des Kindes ihm zugestandenen Nießbrauches, noch als neu erworben aus dem Grunde, weil die Miterben auch seiner väterlichen Gewalt unterworfen seien[99]). Nach diesen Vorbemerkungen betrachten wir nun näher

---

97) L. 2. §. 15. D. ad SC. Tertull. (38. 17.)

98) Vgl. darüber vorzüglich Mayer, de hereditate parentis manumissoris. Tubing. 1832., und dessen Erbr. I. §. 85, Note 5, 6. Francke, de manumissorum successione. Jenae 1835. Mühlenbruch, Comment. Bd. 35, S. 219 flg., Bd. 37, S. 356 flg.

99) Nov. 118. cap. 1. Licet enim defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen eius filii, cuiuslibet sexus sint aut gradus, etiam ipsis parentibus praeponi praecipimus, quorum sub potestate fuerit qui defunctus est, in illis videlicet rebus, quae secundum nostras alias leges patribus non acquiruntur: nam in usu harum rerum, qui debet acquiri aut servari (*ἐπὶ γὰρ τῇ χρήσει τῶν πραγμάτων τούτων ὀφειλούσῃ προσπορίζεσθαι ἢ φυλάττεσθαι*), nostras de his omnibus leges parentibus custodimus. — Cap. 2. Si et pater aut mater fuerint.. et ascendentium et fratrum singuli aequalem habeant portionem: nullum usum ex filiorum aut filiarum portione in hoc casu valente patre sibi penitus vindicare, quoniam pro hac usus portione hereditatis ius et secundum proprietatem per praesentem dedimus legem. Manche behaupten zwar, im letzten Falle behalte der Vater den ihm bisher zustehenden Nießbrauch an den Erbtheilen der Miterben (Thibaut, Pand., 6. Aufl., §. 863, 686; Wening-Ingenheim a. a. O. §. 434, 438 u. a.), wenigstens an dem Erbtheile der miterbenden Mutter (Gebrüder Overbeck, Meditat. II. Nr. 79); aber mit Recht erklärt sich die Mehrzahl

I. die ordentliche Erbfolge der Verwandten.

Die Novelle 118 unterscheidet in ihrer Rangordnung Descendenten, Ascendenten und Seitenverwandte (cap. 1. 2. 3.); indem sie aber mit den Ascendenten einige Seitenverwandte zusammenstellt, so ergeben sich vier Classen: 1) Descendenten, 2) Ascendenten, vollbürtige Geschwister und vollbürtiger Geschwister Kinder, 3) halbbürtige Geschwister und halbbürtiger Geschwister Kinder, 4) die übrigen Seitenverwandten[100].

Erste Classe. Descendenten. Diese werden vor allen anderen Verwandten zur Erbschaft berufen, ohne Unterscheidung der Nachkommen männlicher oder weiblicher Abstammung, nur unter der allgemeinen Voraussetzung, daß sie zu den Cognaten gehören. Es erben auch Descendenten verschiedener Grade neben einander, wenn sie nur nicht demselben Stamme angehören; denn die Nachkommen des zweiten, dritten Grades u. s. w. werden durch ihre noch lebenden erbfähigen Eltern, durch welche ihre Verwandtschaft mit dem Erblasser vermittelt ist, von dessen Erbschaft ausgeschlossen; das edictum de coniungendis cum emancipato liberis eius[101]) ist unpractisch geworden; Enkel oder Urenkel rücken überall nur in die Stelle ihrer nicht mehr zur Erbschaft mitberufenen Eltern, Vater oder Mutter, Großvater oder Großmutter, ein (in parentis sui locum succedunt)[102]). Man hat diese Stellung der Enkel und Urenkel u. s. w. durch den Ausdruck Repräsentationsrecht bezeichnet; jene, sagt man, repräsentiren bei der Beerbung des Großvaters oder Urgroßvaters ihre verstorbenen Eltern. Dagegen wäre an sich nichts einzuwenden, wenn nicht manche Rechtsgelehrte daran ganz irrige Ansichten und Meinungen angeknüpft hätten. Man hat nämlich behauptet, den Enkeln werde nur vermöge einer Repräsentation der Eltern, nicht kraft eigenen

---

dagegen. Vgl. z. B. Glück a. a. O. S. 657 flg. Roßhirt a. a. O. S. 339 flg. Löhr, im Arch. für civ. Prax. X. S. 165 flg. Marezoll, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proz. XI. S. 206 flg. Vangerow, Leitf. II. S. 64 flg., auch Thibaut, in der 8. Ausg. §. 861, und Fritz, in der 5. Ausg. von Wening's Civilrecht a. a. O.

100) Diese Erbfolgeordnung der Nov. 118 hat ein unbekannter Verfasser in folgenden Versen zusammengefaßt:

> Descendens omnis succedit in ordine primo;
> Ascendens propior, germanus, filius eius;
> Tunc latere ex uno frater, quoque filius eius;
> Denique proximior reliquorum quisque superstes.

Nach dem dritten Verse hat man noch eingeschoben:

> Hi cuncti (iuncti) in stirpes succedunt, in capita autem
> Iuncti ascendentes, fratrum proles quoque sola.

Vgl. Hugo, Lehrb. der Pand. §. 116.

101) Vgl. Note 35.

102) Nov. 118. cap. 1. Si quis igitur descendentium fuerit ei, qui intestatus moritur, cuiuslibet naturae aut gradus... omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur.... sic tamen, ut si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut filias aut alios ascendentes in proprii parentis locum succedere — — — tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset: quam successionem in stirpes vocavit antiquitas.

Rechtes, die Erbschaft der Großeltern deferirt, zu jener Repräsentation aber werde vorausgesetzt, daß sie auch Erben des repräsentirten parens geworden seien. Diese Idee ist aber völlig grundlos, wie jetzt auch allgemein anerkannt wird[103]). Die Enkel erben überall, wofern sie ihr vorgehender parens nicht ausschließt, kraft des verwandtschaftlichen Verhältnisses, in welchem sie selbst als Descendenten zu dem Erblasser standen; nur zum Zweck der Bestimmung der Erbtheile sagt das Gesetz von ihnen: in parentis sui locum succedunt. Dieses ist nichts anderes als der Ausdruck dafür, daß in der Classe der Descendenten durchaus die sogenannte Stammtheilung, successio in stirpes, gelten solle, gerade so, wie sie nach altem Civilrechte unter den sui heredes, nach prätorischem Rechte unter den liberi stattgefunden hatte[104]). Vermöge dieser Bestimmung der Erbtheile kann denn nun auch der Fall eintreten, der nach altem Rechte nicht möglich war, daß wegen mehrfacher Verwandtschaft mit dem Erblasser auf einen und denselben Descendenten mehrere Erbtheile zusammen kommen[105]).

Es sind übrigens in Rücksicht der Erbfolge dieser ersten Classe noch folgende besondere Bestimmungen zu bemerken: 1) Uneheliche Kinder und deren Nachkommen haben a) gegen ihre Mutter und mütterlichen Großeltern der Regel nach ein vollkommenes Kindeserbrecht[106]). Allein aa) nach einem älteren Gesetze Justinian's[107]) soll das uneheliche Kind einer erlauchten Mutter (mater illustris) neben rechtmäßigen Kindern derselben kein Erbrecht haben. Diese ganz specielle Bestimmung ist durch Novelle 118 nicht aufgehoben[108]), aber freilich müssen wir sie heutzutage als unpractisch ansehen, weil wir keine mater illustris im Sinne des römischen Rechtes mehr kennen. bb) Nach der Meinung vieler Rechtsgelehrten soll das in einer verbotenen strafbaren Geschlechtsverbindung erzeugte Kind (ex damnato coitu natus) auch in Beziehung zur Mutter kein Erbrecht haben. Diese Meinung geht jedenfalls zu weit, insofern sie auch auf das durch stuprum und nach heutigem Rechte auf das im Concubinat erzeugte Kind sich erstreckt[109]). Aber auch in Betreff der in Ehebruch oder Bigamie erzeugten läßt sie sich nicht begründen[110]). Nur in Ansehung der aus blutschänderischer Verbindung oder, noch beschränkter, in blutschänderischer Ehe erzeugten Kinder (incestuosi) scheint sie die Ge-

---

103) Vgl. darüber Glück, Intestaterbf., 1. Aufl., §. 100, 2. Aufl., §. 24. Roßhirt a. a. O. S. 284 flg. Vangerow, Leitf. II. S. 50 flg.

104) Vgl. oben Note 15, 34 und 102 a. E.

105) So, wenn bei Beerbung des Urgroßvaters ein von zwei Geschwisterkindern, Enkeln des Erblassers, erzeugter Urenkel concurrirt. Glück a. a. O. S. 60, 137 flg.

106) Vgl. oben Note 86.

107) Vgl. oben Note 53.

108) Vgl. oben Note 90.

109) S. dagegen Glück a. a. O. S. 523 flg.

110) Vgl. Glück a. a. O. S. 501, 504 flg. Mühlenbruch, Comment. Bd. 35, S. 158 flg. Francke, Recht der Notherben S. 179 flg.

setze für sich zu haben[111]). Doch wird sie selbst in dieser Beschränkung von Manchen verworfen[112]). b) In Beziehung zum Erzeuger und dessen Angehörigen haben die unehelichen Kinder der Regel nach kein Erbrecht[113]). Allein aa) die legitimirten Kinder sind hier, wie sonst, den ehelichen gleich zu achten[114]). Man hat dieß zwar in Ansehung der durch Rescript legitimirten Kinder, wenn eheliche mit ihnen concurriren, wohl bezweifelt, weil nach Justinian's Verordnung eine solche Legitimation nicht gewährt werden soll, wenn eheliche Kinder vorhanden sind[115]), aber jedenfalls müssen sie doch neben später erst erzeugten legitimen Kindern erben, und überall kann es auch nur darauf ankommen, ob die Legitimation giltig sei, was man heutzutage auch im Falle der Existenz legitimer Kinder, wenn nur nicht die Legitimation durch Verschweigung dieses Umstandes erschlichen ist, mit Recht annimmt. Die per oblationem curiae legitimirten Kinder jedoch sollten nur allein gegen den Vater selbst, nicht auch gegen dessen Ascendenten oder Seitenverwandte ein Erbrecht haben[116]); aber dieß ist heutzutage nicht mehr von practischer Bedeutung, weil diese Art der Legitimation selbst unpractisch ist. bb) Den aus einer putativen in gehöriger Form eingegangenen Ehe erzeugten Kindern werden nach canonischem Rechte in Beziehung auf beide Eltern und deren Verwandtschaft die Rechte ehelicher Kinder beigelegt, sollte auch einem von beiden das der Ehe entgegenstehende Hinderniß nicht unbekannt gewesen sein[117]). cc) Die Praxis dehnt dieß auch auf die in rechtmäßigem Brautstande erzeugten Kinder aus, wenn die beabsichtigte Ehe wegen früheren Todes oder wegen Weigerung des Vaters nicht zum Vollzuge gekommen sein sollte[118]). 2) Adoptivkinder können als Descendenten theils in der Adoptivfamilie, theils in ihrer natürlichen Familie erben. Es hat nämlich a) das von einer Frau durch Rescript des Regenten adoptirte Kind, und dessen Nachkommen, unzweifelhaft ein vollkommenes Kindeserbrecht gegen die Adoptivmutter, gleich als ob jenes ein natürliches legitimes Kind derselben wäre[119]); aber es erstreckt sich dieses Erbrecht nicht auf die Ascendenten der Adoptivmutter, und von selbst versteht sich, daß dem Kinde das gesetzliche Erbrecht gegen seine natürlichen Ascendenten unver-

111) L. 6. Cod. de incest. nupt. (5. 5.) Vgl. Nov. 12. cap. 1. Mayer, Erbr. I. §. 6, Note 15.

112) Roßhirt, Erbr. S. 211 flg. Fritz, in Wening's Civilrecht, 5. Ausg., §. 433. Vangerow a. a. O. II. S. 50.

113) Vgl. Note 86.

114) L. 10. Cod. de natural. lib. (5. 27.) Nov. 89. cap. 8.

115) Nov. 74. cap. 1. 2. Nov. 89. cap. 9. 11. Vgl. darüber Glück a. a. O. S. 527 flg.

116) Nov. 89. cap. 2—4. 11. pr.

117) Cap. 2. 8. 14. 15. X. qui filii sint legitimi. (4. 17.) Vgl. Glück a. a. O. S. 596 flg.

118) Diese Praxis stützt sich auf cap. 12. X. l. c. Vgl. Glück a. a. O. S. 595, und vorzüglich Mayer, Erbr. I. S. 191—196.

119) L. 5. Cod. de adopt. (8. 48.): Eum perinde atque ex te progenitum ad vicem naturalis legitimique filii habere permittimus. Vgl. Göschen, Civilrecht III. 2. S. 338.

kümmert bleibt. b) Dem einem Fremden von dem natürlichen Vater in Adoption gegebenen Kinde (sogen. minus plene adoptatus) hat Justinian, indem er übrigens einer solchen Adoption alle Wirksamkeit entzog, doch ein Kindeserbrecht (nicht Pflichttheilsrecht) gegen den Adoptirenden vorbehalten, während dasselbe in der Gewalt des natürlichen Vaters bleibt und daher auch alle Erbrechte in dessen Familie unversehrt behält[120]). Diese specielle Bestimmung ist nun wiederum durch die Novelle 118 nicht aufgehoben; der unvollkommen Adoptirte, obgleich weder Cognat noch Agnat, beerbt auch jetzt noch den Adoptirenden gleich einem Kinde; aber dieses Erbrecht beschränkt sich auch blos auf die Erbschaft des Adoptirenden selbst; es erstreckt sich nicht auf dessen Ascendenten[121]). c) Das vollkommen adoptirte oder arrogirte Kind hat α) unzweifelhaft ein vollkommenes Kindeserbrecht gegen den Adoptivvater, wenn das Adoptivverhältniß bis zu dessen Tode nicht aufgelöst worden ist, und dieses Erbrecht geht auch auf die später erzeugten Kinder des adoptirten Sohnes über, da dieser einem rechtmäßig erzeugten Sohne gleich zu achten ist. β) Das als Enkel von einem bestimmten Sohne mit dessen Einwilligung adoptirte Kind erlangt auch sowohl gegen den letzten, als gegen den Adoptivgroßvater das Erbrecht eines natürlichen Descendenten des ersten, beziehungsweise des zweiten Grades[122]). Demgemäß aber kann analog behauptet werden, daß der Adoptirte auch gegen den Vater des Adoptirenden das Erbrecht eines Enkels erlange, wenn der letzte ohne Verlust der Suitätsrechte aus der väterlichen Gewalt seines Vaters ausgetreten war, dieser aber zu der Adoption seine Einwilligung ertheilt hat[123]). γ) Gegen die Mutter und mütterlichen Ascendenten behält das vollkommen adoptirte Kind jedenfalls die Erbrechte, die ihm als natürlichem Descendenten zukommen. Aber auch in Beziehung zum natürlichen Vater oder väterlichen Großvater wird dem in Adoption gegebenen Kinde nach der gemeinen Meinung noch das regelmäßige Kindeserbrecht (wenn gleich kein Pflichttheilsrecht) zugestanden, so daß dasselbe zu gleicher Zeit verschiedene Väter zu beerben berechtigt sein soll. Man sollte auch glauben, wenn man nur die Novelle 118 ins Auge faßt, daß diese Behauptung kaum einer Anfechtung unterliegen könne; denn unbestritten sind und bleiben die in der Adoptivfamilie befindlichen Kinder Cognaten und Descendenten des natürlichen Vaters, und nach der Novelle sollen die Cognaten, und zwar zuerst die Descendenten, erben, ohne alle Rücksicht auf väterliche

120) L. 10. §. 2. Cod. de adopt. Sancimus, etsi habeat huiusmodi filius iura integra naturae, attamen si intestatus pater extraneus adoptivus decesserit, habere eum etiam sui heredis ius ad eius tantummodo successionem, ut non etiam legitima iura ad familiam extranei patris adoptivi habeat, nec ipsa ad eam communionem aliquam habeat, sed quasi extraneus ita ad illam familiam inveniatur.

121) Vgl. oben Note 98. Glück a. a. O. S. 600. Vangerow a. a. O. II. S. 42.

122) L. 10. 11. D. de adopt. (1. 7.)

123) Cf. §. 7. J. de adopt. (1. 11.) §. 4. J. quib. mod. ius pot. solv. (1. 12.)

Gewalt und Agnation[124]). Gleichwohl ist jene gemeine Meinung in neuerer Zeit lebhaft bestritten und behauptet worden, der vollkommen Adoptirte habe, so lange er in der Adoptivfamilie bleibe, in Beziehung zum natürlichen Vater überall kein Erbrecht mehr oder wenigstens kein Erbrecht in der ersten Classe[125]). Die Hauptgründe dafür sind folgende: aa) Die Regel des älteren Rechtes: adoptio tam diu nocet quamdiu quis in aliena familia sit, müsse als specielle Regel auch nach der Novelle 118 noch anerkannt werden[126]). Allein dieses Argument ist keineswegs treffend. Jene Regel galt nämlich nur in Betreff der bonorum possessio ex edicto unde liberi[127]); diese aber wurde nicht allen Descendenten angetragen, sondern sollte nur die erbrechtliche Wirkung des Verlustes der Suitätsrechte aufheben und daher nur denjenigen zu Statten kommen, welche nach ihrem natürlichen Verwandtschaftsverhältnisse sui heredes sein würden. Daß der Prätor davon diejenigen ausschloß, welche zur Zeit noch als Adoptirte einer fremden Familie angehörten, war damals ganz angemessen, theils weil diesen ihr Erbrecht in der Adoptivfamilie eine Entschädigung für den Verlust des Erbrechtes in der natürlichen Familie darbot, theils und vielleicht hauptsächlich, weil sonst das Vermögen des natürlichen Vaters ganz oder zum Theil der Familie desselben völlig entzogen und auf eine fremde Familie übertragen werden konnte, indem das in der Adoptivfamilie befindliche Kind jenen Erwerb damals, wenn es noch in der Gewalt war, dem Adoptivvater zubrachte und, wenn es sui iuris war, zunächst auf die Agnaten der Adoptivfamilie ab intestato vererbte. In der Classe der Cognaten dagegen berief der Prätor überhaupt alle Descendenten blos als Cognaten, und unter diesen denn auch die noch einer fremden Familie als adoptirte angehören-

---

124) Nov. 118. cap. 1.: Cuiuslibet naturae aut gradus, sive ex masculorum genere sive ex feminarum descendens, et sive suae potestatis sive sub potestate sit, omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur, wobei nicht unterschieden wird, in wessen Gewalt der Descendent sich befinde, ob in der Gewalt eines leiblichen oder eines Adoptivvaters. Vgl. cap. 4. ibid.: in omnibus successionibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus, sive per femineam personam, sive per emancipationem, sive per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur, wo man unter den alius quilibet modus auch den Fall der datio in adoptionem zu subsumiren nicht umhin kann. Vgl. Glück a. a. O. S. 602 flg. Roßhirt a. a. O. S. 159 flg. Thibaut, civ. Abh. S. 115. Mayer, Erbr. §. 82. Büchel, Streitfragen S. 18—80. Vangerow a. a. O. II. S. 41—47, und fast alle Lehrb.

125) Löhr, im Mag. für Rechtsw. und Gesetzgeb. Bd. 3, S. 397—406. Puchta, Lehrb. §. 449. Mühlenbruch, Lehrb. §. 633, Note 4, und im Comment. Bd. 35, S. 173—181. Der letzte spricht dem Adoptirten jedes Erbrecht gegen den natürlichen Vater ab, die beiden ersten wollen ihm ein Erbrecht in der vierten Classe als Cognaten zuweisen. Vgl. auch Donell. comment. lib. IX. cap. 2. §. 5. Bacher. ad Trentler. Vol. II. disp. XVI. th. 2. lit. J.

126) L. 6. §. 4. D. de b. p. c. t. (37. 4.) Löhr und Mühlenbruch a. a. O.

127) So wie bei der bonorum possessio contra tabulas. Vgl. oben Note 33.

den Kinder des Erblassers[128]). Und wenn auch hier die Descendenten als solche nicht einen Vorrang vor anderen Cognaten gleichen Grades hatten, so war gleichwohl ihre Eigenschaft als Descendenten nicht unbedeutend[129]). Nachdem nun die Novelle 118 schlechthin den Descendenten überhaupt, als bloßen Cognaten, vor allen anderen Verwandten die Erbschaft angetragen hat, so wäre es allen Regeln der Auslegung zuwider, jene auf die weit beschränktere bonorum possessio der liberi sich beziehende Regel in das Recht der Novelle 118 hineinzutragen. Um so weniger ist dieß zulässig, als dadurch den Adoptivkindern sogar noch ein Erbrecht, welches sie unmittelbar vor der Novelle 118 noch hatten (ex edicto unde cognati), entzogen würde. Denn wenn sie nach Novelle 118 nicht in der ersten Classe erben, so sind sie überhaupt ganz ausgeschlossen, da in den übrigen Classen nur noch Ascendenten und Seitenverwandte vorkommen[129a]). bb) Durch L. 10. Cod. de adopt. habe Justinian ausdrücklich festgesetzt, daß der vollkommen Adoptirte die Erbschaft des natürlichen Vaters nicht ferner belästigen, sondern nur an den Adoptivvater sich halten solle. Dadurch, sagt man, sei demselben das Kindeserbrecht gegen den natürlichen Vater, ja selbst die bonorum possessio ex edicto unde cognati[130]), völlig abgesprochen, und diese ganz specielle von Justinian selbst herrührende Bestimmung müsse neben dem nicht viel späteren allgemeinen Gesetze festgehalten werden, eben so gut, wie andererseits die besondere Bestimmung über das Erbrecht des unvollkommen Adoptirten. Aber auch dieser Grund ist nicht überzeugend. Vorerst ist es entschieden falsch, daß L. 10. cit. den in Frage stehenden Kindern auch das Recht zur bonorum possessio unde cognati genommen habe. Dieß ist vielmehr in den Institutionen und Pandekten noch ausdrücklich anerkannt[131]). In einem Falle wird dem in Adoption gegebenen Kinde sogar auch noch bonorum possessio ex edicto unde liberi in Ansehung des natürlichen Vaters oder Großvaters gegeben, nämlich, wenn

---

128) L. 1. §. 4. L. 5. D. unde cognati. (38. 8.)

129) L. 1. §. 12. 16. D. de successorio edicto. (38. 9.) Cf. L. 1. §. 2. D. de legat. praest. (37. 5.) — L. 2. §. 6. 9. D. ad SC. Tertull. (38. 17.)

129a) Nov. 118. cap. 3.: Si igitur defunctus neque descendentes neque ascendentes reliquerit, primos.. vocamus fratres etc... Si autem neque fratres neque filios fratrum defunctus reliquerit, omnes deinceps a latere cognatos ad hereditatem vocamus.

130) So Mühlenbruch a. a. O., sich stützend auf die Worte in L. 10. Cod. cit.: Ad eum solum respiciat filius, cui eum et natura aggregavit et lex per adoptionem assignavit — — et ad eum (eam) tantummodo filius adoptivus spem totam extendat, et non patris naturalis successionem molestare concedatur — — —; et is ei solus pater intelligatur, quem lex fecit et natura non dereliquit; und später: neque enim ex vetere iure cognationis nexus naturalis patris per adoptionem filio dissolvebatur, sed accedebant iura adoptiva, certis reliquiis ex iure naturali remanentibus; et qui legitimus erat familiae adoptivae, is naturali fuerat cognatus, wo der Gebrauch des Präteritums für seine Ansicht spreche.

131) L. 1. §. 4. D. cit. §. 13. 14. J. de hered. ab intest. (3. 1.) §. 2. 3. in f. J. de success. cognat. (3. 5.)

der letzte seinem eigenen Vater, beziehungsweise dem Vater des Kindes, das Kind in Adoption gegeben hat, wodurch es nicht eigentlich in eine fremde Familie gekommen ist[132]). Demnach ist zu behaupten, daß L. 10. cit. in Betreff des Intestaterbrechtes des vollkommen Adoptirten in der That nicht etwas Neues bestimmt habe; sie hat nur entschieden, was früher streitig gewesen, daß ihm kein Pflichttheilsrecht gegen den natürlichen Vater zustehen solle[132a]). Sie erklärt zudem ausdrücklich, daß in Ansehung des Arrogirten nichts in dem bisherigen Rechte geändert sein solle[133]), und doch wird in Betreff des Erbrechtes die Arrogation der vollkommenen Adoption ganz gleichgestellt[134]). Hiernach dürfen wir uns auch durch dieses ältere Gesetz Justinian's, das wohl eines der schwächlichsten Elaborate seiner gesetzgeberischen Weisheit ist, nicht abhalten lassen, das neuere Gesetz desselben in dem ganzen Umfange zu verstehen, welchen die Worte desselben zulassen, um so mehr, als nicht nur diese Auslegung dem Geiste des Gesetzes vollkommen gemäß erscheint, sondern auch die entgegengesetzte Ansicht damit in einem grellen Widerspruche steht, indem sie dem Adoptivkinde ein ihm bisher zugestandenes Erbrecht gegen seinen natürlichen Vater entzieht, während demselben in Beziehung zu dem Adoptivvater nicht einmal in jedem Falle ein besseres Erbrecht, als ihm ohnehin schon zustand, gewonnen wird[135]).

Zweite Classe. Ascendenten, vollbürtige Geschwister und vollbürtiger Geschwister Kinder. Es muß hier 1) näher bestimmt werden, welche Personen in dieser Classe zur Erbfolge kommen können. Diese sind a) Ascendenten. Als solche können der Regel nach in der zweiten Classe eben diejenigen Personen erben, welchen andererseits der Erblasser als Descendent in der ersten Classe Erbe sein könnte. Denn das Verwandtschaftsverhältniß zwischen Ascendenten und Descendenten ist ein gegenseitiges, und insofern ist auch die Möglichkeit der Beerbung, die sich darauf gründet, gegenseitig. Diese Regel erleidet jedoch folgende Ausnahmen: α) Die Beschränkung des unehelichen Kindes einer erlauchten Mutter gilt nicht umgekehrt auch zum Nachtheile der letzten[136]). β) Das in einer einseitig putativen Ehe erzeugte Kind wird von dem Erzeuger, welcher das Ehehinderniß kannte, nicht als eheliches beerbt, obgleich jenes gegen beide Eltern ein vollkommenes Erbrecht hat[137]).

132) L. 3. §. 7. 8. L. 21. §. 1. D. de b. p. c. t. (37. 4.) Cf. L. 14. §. 1. L. 17. D. ibid.

132a) Vgl. §. 14. J. cit.: Pristina iura tali adoptioni servavimus, quemadmodum si paterfamilias se dederit arrogandum.

133) L. 10. §. 5. Cod. l. c.: Omnia, quae ad filium arrogatum veteres legumlatores introduxerunt, intacta illibataque in eorum personis reserventur.

134) Vgl. Note 132a.

135) Löhr a. a. O. führt zwar nicht weniger als vierzehn Gründe für seine Ansicht an; allein die übrigen haben nach Beseitigung der beiden angeführten kein Gewicht mehr.

136) Vgl. oben Note 107, 108. Glück a. a. O. S. 626.

137) Vgl. oben Note 117. Glück a. a. O. S. 625.

γ) Der unvollkommen Adoptirende hat gegen den Adoptirten kein Erbrecht als Ascendent, obwohl der letzte ihn gleich einem Descendenten beerben könnte[138]). Dahingegen muß bei vollkommener Adoption dem leiblichen Vater des Adoptirten in Concurrenz mit dem Adoptivvater das Erbrecht eines Ascendenten zugestanden werden, wenn anders die oben vertheidigte Ansicht über das Erbrecht des Adoptivkindes gegen den leiblichen Vater ihre Richtigkeit hat[139]). Der Arrogator eines Unmündigen aber ist, wenn dieser in der Unmündigkeit stirbt, verpflichtet, das Vermögen desselben an diejenigen herauszugeben, welche in Ermangelung der Arrogation dessen Erben sein würden[140]). b) Vollbürtige Geschwister. Im natürlichen Sinne sind vollbürtige Geschwister diejenigen, welche von demselben Vater und derselben Mutter gezeugt sind. Dabei muß aber vorausgesetzt werden, daß dieselben auch durch beider Eltern Vermittelung einander Cognaten sind, in dem Sinne, wie die Cognation überhaupt bei der Intestaterbfolge zu verstehen ist[141]). Daher sind die von demselben Vater mit derselben Mutter außerehelich erzeugten nicht legitimirten Kinder untereinander nur als halbbürtige Geschwister anzusehen, weil sie nicht Cognaten des Erzeugers sind[142]). Andererseits sind Adoptivgeschwister als solche nur durch den Adoptivvater mit einander verwandt und können daher auch nur als halbbürtige gelten, wenn sie nicht etwa zugleich Kinder derselben Mutter sind[143]). c) Vollbürtige Geschwister Kinder, d. i. Söhne und Töchter, nicht auch entferntere Descendenten, wobei ebenfalls wieder vorausgesetzt wird, daß sie durch den vollbürtigen Bruder oder die vollbürtige Schwester des Erblassers mit diesem in einem vollgiltigen Cognationsverhältnisse stehen, daß aber jener ihr parens selbst nicht bei der Beerbung concurrire[144]). 2) Wie verhalten sich diese verschiedenen möglichen Erben der zweiten Classe zu einander? In dieser Beziehung sind folgende Fälle zu unterscheiden: a) Es sind nur Ascendenten vorhanden. Alsdann erben die nächsten, mit Ausschließung der übrigen, also vor allen Vater und Mutter, nach ihnen die Ascendenten höheren Grades; concurriren aber meh-

---

138) Vgl. Note 120.

139) Vgl. Note 124—135. Glück a. a. O. S. 627 flg. Vangerow a. a. O. II. S. 47.

140) §. 3. J. de adopt. (1. 11.) L. 18—20. D. de adopt. (1. 7.) L. 40. D. de vulg. et pup. subst. (28. 6.)

141) Vgl. oben Note 84—89, 106, 114—118.

142) Vgl. Note 86 mit Note 114—118.

143) Denn alsdann sind sie ex utrisque parentibus coniuncti. Nov. 118. cap. 2. 3. Vgl. überhaupt Glück a. a. O. S. 54—57, 629—635.

144) Nov. 118. cap. 3.: Si autem defuncti fratres fuerint et alterius fratris vel sororis praemortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et feminis.... Unde consequens est, ut si forte praemortuus frater, cuius filii vivunt, per utrumque parentem nunc defunctae personae iungebatur, praeponantur istius filii propriis thiis — — sicut eorum pater praeponeretur, si viveret. — — — Huiusmodi vero privilegium in hoc ordine cognationis solis praebemus fratrum masculorum et faeminarum filiis aut filiabus, ut in suorum parentum locum succedant. Glück a. a. O. S. 635—644.

rere Ascendenten von gleichem Grade, theils auf väterlicher, theils auf mütterlicher Seite, so theilen sie nach Linien (in lineas), d. h. die eine Hälfte der Erbschaft fällt den väterlichen, die andere den mütterlichen Ascendenten zu[145]). In beiden Linien wird keineswegs wieder weiter nach Linien getheilt, wie Einige behauptet haben[146]), sondern es wird nur einmal die ganze Erbschaft in zwei Hälften getheilt, und die Ascendenten der einen und der anderen Hauptlinie erhalten von ihrer Hälfte gleiche Theile[147]). b) Es sind nur vollbürtige Geschwister da. Diese erben zu gleichen Theilen. c) Es sind Ascendenten und Geschwister vorhanden. Alsdann concurriren mit den letzten die nächsten unter den Ascendenten, es seien Vater und Mutter, oder höhere Ascendenten[148]), und zwar erhalten alle Concurrenten gleiche Theile[149]). d) Es concurriren Geschwister und Geschwisterkinder. Hier findet Theilung nach Stämmen statt, wie in der ersten Classe; die Kinder treten in die Stelle ihres nicht mehr miterbenden parens ein (in parentis locum succedunt). Auch in diesem Falle hat man von einem Repräsentationsrechte gesprochen, und damit Vorstellungen und Folgesätze verknüpft, die hier durchaus eben so falsch und grundlos sind, wie bei der Erbfolge der Descendenten[150]). e) Es sind Ascendenten, Geschwister und Geschwisterkinder da. In diesem Falle blieben nach Novelle 118 die letzten unberücksichtigt; es erbten

---

145) Nov. 118. cap. 2.: Si autem plurimi ascendentium vivunt, hos praeponi iubemus, qui proximi gradu reperiuntur, masculos et feminas, sive paterni sive materni sint. Si autem eundem habeant gradum, ex aequo inter eos hereditas dividatur, ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticunque fuerint, medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscunque eos [illegible]niri contigerit.

146) Z. B. Schrader, Abhandl. aus dem Civilrechte Nr. V, S. 186.

147) Vgl. Note 145. Ut medietatem accipiant omnes a patre ascendentes. Glück a. a. O. S. 647—649. Es kommt auch durchaus nicht auf den Ursprung des Erbvermögens an, wie einige ältere Rechtsgelehrte behaupten wollten. Vgl. Glück a. a. O. S. 649—652.

148) Nov. 118. cap. 2.: Si vero cum ascendentibus inveniantur fratres aut sorores ex utrisque parentibus coniuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur, si et pater aut mater fuerint. Offenbar falsch ist die Meinung einiger älteren Juristen, welche nur Vater und Mutter, als die in abstracto nächsten Ascendenten, mit Geschwistern concurriren lassen, nicht auch die Großeltern. Sie wird vollends durch den griechischen Text widerlegt, der sich des Comparativs (μετὰ τῶν ἐγγοτέρων) bedient. Vgl. Glück a. a. O. S. 632—635.

149) Nov. 118. l. c.: Dividenda inter eos quippe hereditate secundum personarum numerum, uti et ascendentium et fratrum singuli habeant aequalem partem. Es ist dem klarsten Wortsinne zuwider, wenn Schrader a. a. O. hier doch noch die Theilung nach Linien einmischen will.

150) Glück, welcher in Betreff der Descendentenerbfolge die richtige Ansicht vertheidigt, nimmt hier doch ein Repräsentationsrecht zum Behufe der Erbfolge an (Note 103). Er beachtet nicht, daß Nov. 118. in cap. 3. sich gerade so ausdrückt, wie in cap. 1.: Et quanticunque fuerint, tantum ex hereditate percipient portionem, quantam eorum parens futurus est accipere, si superstes esset.

nur die Ascendenten und Geschwister, wie in dem Falle c)[151]). Dieses aber hat Justinian abgeändert durch Nov. 127, Cap. 1. Es soll darnach der Erbtheil, welcher einem nicht mehr miterbenden Bruder oder Schwester zugefallen sein würde, nunmehr in diesem Falle eben so wie in dem Falle d) auf dessen Söhne und Töchter übergehen[152]). f) Es sind Ascendenten und Söhne oder Töchter vollbürtiger Geschwister vorhanden, keine Geschwister mehr. In diesem Falle waren nach Nov. 118 die Geschwisterkinder durch die Ascendenten ausgeschlossen, und Nov. 127 hat darin nichts geändert. Wir sind auch nicht berechtigt, dieses letzte Gesetz gegen seinen Wortlaut auch auf diesen Fall anzuwenden[153]). Wenn Justinian es hart fand, daß die Geschwisterkinder in einem Falle, wo die Geschwister erbten, nichts bekommen sollten, so folgt daraus nicht, daß er auch an deren Ausschließung durch die allein erbenden Ascendenten Anstoß habe nehmen müssen, zumal da von diesen doch meistentheils das Vermögen sich auf jene weiter vererben wird. Gleichwohl hat man in der Praxis durchgängig angenommen, daß auch in diesem Falle den Geschwisterkindern der Erbtheil ihres parens gebühre[154]). g) Es sind nur Geschwisterkinder vorhanden. Schon unter den Glossatoren bestand eine lebhafte Controverse darüber, ob in diesem Falle die Erbschaft nach Köpfen oder nach Stämmen sich theile, was natürlich nur bei der Concurrenz von Kindern verschiedener Geschwister bedeutend ist. Accursius namentlich vertheidigte die Theilung nach Stämmen, Azo die Theilung nach Köpfen. Auch jetzt noch sind die Meinungen darüber, was nach Nov. 118 Rechtens sei, verschieden[155]). Für das gemeine teutsche Recht

---

151) Nov. 118. cap. 3.: Si autem cum fratribus defuncti etiam ascendentes ad hereditatem vocantur, nullo modo ad successionem ab intestato fratris aut sororis filios vocari permittimus. In solchem Falle bildeten also die Kinder vollbürtiger Geschwister eine eigene Classe zwischen den Ascendenten und vollbürtigen Geschwistern, und zwischen den halbbürtigen Geschwistern und Geschwisterkindern. Denn die Meinung Büchel's, a. a. O. S. 178, daß hier die vollbürtigen Neffen erst nach den letzten, in der vierten Classe als Seitenverwandte dritten Grades an die Reihe gekommen wären, ist gewiß verkehrt. Vgl. Nov. 118. cap. 3. pr. a. E. und §. 1. Vangerow, Leitf. II. S. 57 flg.

152) — — Cum ascendentibus et fratribus vocentur etiam praemortui fratris filii et tantam accipiant portionem, quantam eorum futurus erat pater accipere, si vixisset, etc.

153) Anderer Meinung ist Roßhirt a. a. O. S. 348 flg. Büchel a. a. O. S. 170.

154) Vgl. Glück a. a. O. S. 639—641.

155) Vgl. die ausführliche Erörterung dieser Streitfrage und die Literatur bei Glück a. a. O. S. 664—705. Dieser selbst vertheidigte in der ersten Aufl. die Meinung des Azo, in der zweiten aber eine Mittelmeinung, wornach zu unterscheiden wäre, ob außer den Geschwisterkindern noch andere Seitenverwandte desselben oder näheren Grades vorhanden seien oder nicht, und im ersten Falle successio in stirpes, im anderen successio in capita gelten soll. Die meisten Anhänger zählte wohl von jeher die Meinung des Accursius; unter den Vertretern der entgegengesetzten Ansicht ist namentlich Donellus hervorzuheben. Sie hat auch die Autorität des Harmenopulus V. 8. §. 15. für sich.

ist aber die Streitfrage reichsgesetzlich dahin entschieden worden, daß die Geschwisterkinder gleiche Theile bekommen[156]). Zwar ist auch darnach die Zulässigkeit der Kopftheilung noch bestritten worden, falls neben den Geschwisterkindern andere ihnen in der Erbfolge nachstehende Seitenverwandte näheren oder gleichen Grades vorhanden seien[157]); allein diese Beschränkung ist der Absicht jenes Reichsgesetzes so offenbar zuwider, daß sie mit Recht fast von Allen verworfen wird[158]).

Dritte Classe. Halbbürtige Geschwister und halbbürtiger Geschwisterkinder. Welche Personen hierher gehören, ergibt sich von selbst aus den Bemerkungen zur zweiten Classe unter 1. a. und d; und die Art der Theilung, welche unter ihnen eintritt, ist nach Verschiedenheit der Fälle dieselbe, wie dort in den Fällen unter 2. b. d. und g. Es ist jedoch von Manchen die Behauptung aufgestellt worden, wenn Jemand zugleich halbbürtige Geschwister von der Vater- und von der Mutterseite hinterlasse, so müsse das von dem Vater herrührende Vermögen des Erblassers ausschließlich den ersten, das von der Mutter herrührende ausschließlich den letzten zugesprochen werden[159]). Mit Recht ist aber diese Meinung jetzt von Allen verworfen. Sie gründet sich auf eine durchaus unzulässige Combination eines älteren Gesetzes[160]) mit der Novelle 118, wobei nicht bedacht war, daß die Geschwister, denen dort in Ansehung des Muttergutes des Verstorbenen ein Vorzug vor den consanguinei beigelegt wird, nicht uterini, sondern vollbürtige Geschwister waren, indem damals jenen ein civiles Erbrecht noch gar nicht zustand[161]).

Vierte Classe. Die übrigen Seitenverwandten. Sind weder Descendenten noch Ascendenten noch auch Geschwister oder Geschwisterkinder vorhanden, so erben von den übrigen Seitenverwandten allemal diejenigen, welche dem Verstorbenen am nächsten verwandt sind; mehrere von gleichem Grade aber erben zu gleichen Theilen[162]).

Die angegebenen vier Classen der Intestaterben stehen in dem Verhältnisse zu einander, daß allemal die einer späteren Classe angehörenden Personen von der Erbschaft ausgeschlossen, sofern Erbberechtigte einer früheren Classe vorhanden sind. Es gilt aber nicht nur unter den verschiedenen Classen successio ordinum, so daß die Delation der Erbfolge

---

156) Reichsabschied zu Speier v. J. 1529, §. 31: Wann einer unteſtirt abstirbt und nach ihm kein Bruder oder Schwester, sondern seiner Brüder oder Schwester Kinder in ungleicher Zahl verläßt, daß alsdann dieselben seines Bruders oder Schwester Kinder in die Häupter und nicht in die Stämm erben und dem Verstorbenen ihren Vater oder Mutter Bruder oder Schwester dermaßen zu succediren zugelassen werden sollen.

157) Heisler, diss. de fratrum germanorum liberis, sive cum fratre defuncti unilaterali sive cum fratris unilateralis filiis sive cum thiis defuncti concurrant, in stirpes succedentibus. Hal. 1775.

158) Vgl. Glück a. a. O. S. 186. Roßhirt a. a. O. S. 362 flg.

159) S. die Literatur bei Glück a. a. O. S. 712, Note 36.

160) L. 13. §. 2. Cod. de legit. hered. (6. 58.)

161) Vgl. darüber vorzüglich Francke, Beiträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien S. 162 flg. Gupet, Abhandlungen S. 15 flg.

162) Nov. 118. cap. 3. §. 1. Glück a. a. O. S. 717—725.

auf die nächstfolgende Classe übergeht, sobald entschieden ist; daß die in der vorgehenden Classe gerufenen Personen nicht erben, sondern auch in jeder einzelnen Classe successio graduum. Unbestritten gilt diese in der vierten Classe, und desgleichen auch in der zweiten Classe in Ansehung der verschiedenen Grade der Ascendenz. Dagegen ist es in neuerer Zeit bestritten worden, daß dieselbe auch in der ersten Classe zu Gunsten entfernterer Descendenten und in der zweiten und dritten Classe zu Gunsten von Geschwisterkindern stattfinde. Vielmehr sollen diese Personen, da ihr Erbrecht nicht durch den Grad, sondern nur durch den Umstand, daß ihr parens nicht mehr lebt, bedingt sei, auch nicht vermöge der successio graduum, sondern nur vermittelst des Transmissionsrechtes noch zur Erbschaft gelangen können, falls ihnen nicht gleich anfangs als nächsten Erben ihrer Classe die Erbschaft deferirt worden sei[163]). Demnach würden die Enkel oder Geschwisterkinder des Erblassers, deren Vater oder Mutter zur Erbschaft berufen waren, dieselbe aber nicht erworben hatten, selbst durch die ihnen sonst nachstehenden Personen der folgenden Classe von der Erbschaft ausgeschlossen werden, wenn ihnen nicht etwa das Transmissionsrecht zu Hilfe käme. Allein diese Meinung beruht auf keinem haltbaren Grunde und ist sowohl dem Geiste als dem Wortlaute der Novelle 118 zuwider. Unzweifelhaft konnte nach älterem Rechte die Berufung zur bonorum possessio ex edicto unde cognati eben so auf entferntere Descendenten und auf die Kinder der Geschwister, wie auf andere Cognaten übergehen, und es wäre also gewiß ein der Tendenz der Novelle ganz widersprechender Erfolg, wenn ihnen dieses nun dadurch, daß ihnen eine vortheilhaftere Stellung gegeben ist, entzogen sein sollte. Auch beruft die Novelle ihren Worten nach die Ascendenten und Seitenverwandten nur dann, wenn der Verstorbene keine Descendenten hinterlassen hat, und die Seitenverwandten der vierten Classe nur dann, wenn er keine Geschwister oder Geschwisterkinder hinterlassen hat[164]), und auch dieses spricht dafür, daß diese jedenfalls vorerst erben können, ehe jene an die Reihe kommen. Zudem ist eine so strenge Scheidung zwischen der successio graduum und ordinum an sich nicht gegründet, indem die Succession in Betreff der Delation überhaupt nur darin besteht, daß, wenn zunächst-berufene Personen die Erbschaft nicht erwerben, diese denjenigen deferirt wird, welche, wenn jene ihnen nicht im Wege ständen, zunächst berufen sein würden, und man kann dabei füglich durch alle Classen hindurch so viele Grade der Intestaterbfolge annehmen, als überhaupt Classen von Personen vorhanden sind, die durch andere ihnen vorgehende von der Erbschaft ausgeschlossen werden[165]).

---

163) Puchta, Lehrb. der Pand. §. 453.

164) Nov. 118. cap. 1.: Si quis descendentium fuerit, — — — omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur. Cap. 3. §. 1.: Si vero neque fratres neque filios fratrum defunctus dereliquerit, omnes deinceps a latere cognatos vocamus.

165) Vgl. Vangerow a. a. O. S. 68 flg. Völlig verwerflich ist auch die Meinung von Büchel, a. a. O. S. 171 flg., wornach die Kinder voll-

Eine andere Frage ist die, ob die Succession der Grade auch dann eintreten könne, wenn außer dem wegfallenden Erben noch andere mit ihm berufene Personen vorhanden sind, mit anderen Worten, ob die successio graduum das Accrescenzrecht der Miterben ausschließe oder nicht? Diese Frage ist von großer practischer Bedeutung, z. B. wenn von mehreren Söhnen oder Brüdern nach der Delation der Erbschaft der eine oder andere ausfällt und Kinder desselben vorhanden sind, oder wenn der Erblasser Vater, Großvater und Bruder hinterläßt, nach der Delation aber der Vater stirbt. Früher war die Meinung vorherrschend, daß hier das Anwachsungsrecht überwiege, also in obigen Fällen die Enkel oder Geschwisterkinder oder der Großvater, abgesehen von dem Falle der Transmission, nicht erben könne, so lange noch einer von den Miterben des wegfallenden Sohnes, Bruders oder Vaters vorhanden sei. In neuerer Zeit haben aber Viele die entgegengesetzte Meinung vertheidigt[166]). Allein die bisher herrschende Ansicht hat nicht nur die Mehrzahl der Autoritäten, sondern auch die überwiegenden Gründe für sich[167]). In enger Verbindung mit dieser Streitfrage steht eine andere: nach welchem Zeitpunkte die Bestimmung der Erbtheile unter mehreren Concurrenten sich richte, ob nach dem Zeitpunkte der Delation oder nach dem der Acquisition? Die Frage ist von großer Wichtigkeit in der zweiten und dritten Classe. Denn wenn z. B. die Erbschaft zuerst Ascendenten und Geschwistern deferirt war, dann aber die letzten wegfallen, so kann es einen großen Unterschied machen, ob nun den allein erbenden Ascendenten die Erbtheile der wegfallenden Geschwister nach Kopftheilen accresciren, oder vielmehr jetzt Theilung nach Linien eintritt; oder wenn zuerst Geschwister und Geschwisterkinder gerufen waren, und die ersten ausfallen, so kann es wieder sehr bedeutend werden, ob jetzt die letzten nach Stämmen sich in die Erbschaft theilen oder vielmehr nach Köpfen? Viele behaupten das letzte[168]), meistens dieselben, welche der oben (Note 167) verworfenen Meinung anhängen[169]); consequent aber muß man den Zeitpunkt der

---

bürtiger Geschwister, wenn ihr den Erblasser überlebender parens nicht erbt, erst in der vierten Classe als Cognaten des dritten Grades zur Erbfolge gelangen, also die halbbürtigen Geschwister und Geschwisterkinder ihnen vorgehen sollen. Vgl. dagegen Vangerow a. a. O. S. 58—61.

166) Francke, Beitr. S. 167 flg. Mayer, das Anwachsungsrecht S. 284—299. Witte, im Art. Anwachsungsrecht, dieses Werk Bd. I, S. 279. Wening-Ingenheim, Lehrb. §. 489.

167) Vgl. darüber Glück a. a. O. §. 150—152. Roßhirt a. a. O. S. 409 flg. Büchel, Streitfragen S. 82 flg. Vangerow a. a. O. S. 69—74. Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Erläuter. Bd. 43, S. 270—289. Die Controverse ist übrigens schon in diesem Werke Bd. I a. a. O. besprochen.

168) Vgl. Mayer, Anwachsungsrecht S. 251 flg. Witte, in diesem Werke Bd. I, S. 278.

169) Als nothwendige Consequenz betrachtet dieses Vangerow, a. a. O. S. 75, und macht daher den dort mit ihm übereinstimmenden, hier abweichenden Schriftstellern (Roßhirt, Erbr. S. 359 flg.; Fritz, in Wening's Lehrb. §. 439) den Vorwurf der Inconsequenz. Ebenso Büchel a. a. O. S. 230. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 297, Note.

Delation als den entscheidenden ansehen. Wenn, nachdem einer Classe von Personen die Intestaterbfolge bereits deferirt war, eine von diesen wegfällt, so soll das Anwachsungsrecht eintreten; es wird nicht jene Delation ganz aufgehoben und eine neue eröffnet, wie die gegnerische Meinung eigentlich voraussetzt; anwachsen kann aber eben nur der Erbtheil, welcher dem Ausfallenden deferirt war, und zwar soll er den übrigen anwachsen nach Verhältniß der Erbtheile, welche diesen deferirt waren. So wie z. B. wenn Jemand einen Bruder, die Söhne eines zweiten und eines dritten Bruders je zu 1/3 testamentarisch eingesetzt hätte, der Erbtheil des wegfallenden Bruders unzweifelhaft den beiden anderen Erbtheilen gleichmäßig anwachsen würde, dergestalt, daß je die Söhne eines jeden der beiden anderen Brüder zusammen die Hälfte der ganzen Erbschaft erhalten würden, eben so muß man behaupten, daß derselbe Erfolg auch dann eintrete, wenn nicht der testamentarische Wille des Erblassers, sondern das Gesetz nach gleicher Theilbestimmung denselben Personen die Erbschaft deferirt hat[170]).

Sind gar keine Verwandte vorhanden, welche nach der Nov. 118 erben können, oder machen die vorhandenen von ihrem Erbrechte keinen Gebrauch, so kann nun noch

II. die ordentliche Erbfolge des überlebenden Ehegatten

eintreten, die bonorum possessio ex edicto unde vir et uxor, wie sie auch nach älterem Rechte der Erbfolge der Verwandten sich anreihte[171]). Voraussetzung dieses Erbrechtes ist, daß der Ueberlebende mit dem Erblasser in giltiger Ehe gelebt, daß diese Ehe auch bis zum Tode des Erblassers fortbestanden habe, und nicht einmal ein obwohl gesetzlich unwirksames Divortium soll stattgefunden haben, indem auch in diesem Falle thatsächlich das Verhältniß der Liebe, aus Rücksicht auf welches jene bonorum possessio dem überlebenden Ehegatten dargeboten wird, bereits gelöst scheint[172]). Daher ist nach heutigem Rechte dieses Erbrecht auch dann unstatthaft, wenn die Ehegatten zur Zeit des Todes des Erblassers von Tisch und Bett getrennt waren, wenn gleich die Ehe dem Bande nach fortdauerte.

Wenn endlich auch der überlebende Ehegatte nicht erbt, so wird das Vermögen als erbloses zunächst gewissen Corporationen, denen der Verstorbene angehörte, und in Ermangelung derselben dem Fiscus zugewiesen. Jene Corporationen sind das collegium decurionum, naviculariorum, fabricensium, cohortalium, deren Mitglied der Verstorbene war,

---

170) Vgl. vorzüglich Mühlenbruch a. a. O. S. 292—299, auch Vangerow und Büchel a. a. O.

171) Dig. unde vir et uxor. (38. 11.) Cod. 6. 18. Manche nennen dieses Erbrecht des überlebenden Ehegatten ein außerordentliches, weil es nicht auf Verwandtschaft beruht. Aber es ist ein ordentliches, insofern es in der ganzen Ordnung der Intestaterbfolge seine bestimmte Stelle einnimmt.

172) L. un. §. 1. D. l. c.: Ut autem haec bonorum possessio locum habeat, uxorem esse oportet mortis tempore: sed si divortium quidem secutum sit, verumtamen iure durat matrimonium, haec successio locum non habet. Glück a. a. O. §. 191.

die Truppenabtheilung (legio oder vexillatio), in welcher der Verstorbene als Soldat stand, und endlich die Kirche oder das Kloster, wozu der Erblasser als Geistlicher oder Religiose gehörte. Das Rechtsverhältniß dieser Successoren wird zwar in den Quellen nicht Erbfolge genannt, sondern dieser entgegengesetzt; aber es ist doch in der That der eigentlichen Erbfolge ganz analog, und man pflegt daher auch den Fiscus und die genannten Corporationen als die zuletzt eintretenden gesetzlichen Erben zu bezeichnen[173].

Außerdem kommt nun aber noch

III. die außerordentliche Intestaterbfolge

in Betracht, welche gewissen Personen unabhängig von der regelmäßigen Erbfolgeordnung dargeboten wird, dergestalt, daß sie neben anderen Erben dieser oder jener Classe einen gewissen Theil der Erbschaft in Anspruch nehmen können. Dahin gehört:

1) das Intestaterbrecht der dürftigen Wittwe des Erblassers. Justinian ertheilte nämlich (a. 537.) dem überlebenden dürftigen Ehegatten einen Anspruch auf einen Viertheil der Erbschaft des Verstorbenen, später aber (a. 541.) entzog er dieses Erbrecht dem Manne wieder und ließ es nur zu Gunsten der überlebenden Ehefrau bestehen[174]. Die letzte kann nun diesen Erbanspruch gegen alle nach der Nov. 118 erbende Verwandte geltend machen, und es soll ihr derselbe auch durch testamentarische Verfügung nicht geschmälert werden. Er beträgt der Regel nach ein Viertheil der Erbschaft; wenn jedoch mehr als drei Kinder des Erblassers mit der Wittwe concurriren, so soll diese nur ein Kindestheil erhalten, und in keinem Falle soll der Betrag ihres Erbtheiles den Werth von hundert Pfund Goldes überschreiten. Viele haben behauptet, jene Beschränkung auf eine Virilportion trete überall ein, wo der dürftigen Wittwe mehr als drei Intestaterben gegenüberstehen; allein das Gesetz, welches jene Beschränkung aufstellt, spricht ausdrücklich nur von Kindern des Erblassers, und es ist kein Grund vorhanden, diese Bestimmung zu Gunsten anderer Verwandten ausdehnend zu erklären[175]. Sind die Miterben der Wittwe

---

173) Vgl. tit. Cod. de bonis vacantibus. (10. 10.) De hereditatibus decurionum, naviculariorum, cohortalium, militum et fabricensium. (6. 62.) L. 20. Cod. de episcop. et cler. (1. 3.) Nov. 131. cap. 13. Practisch ist davon nur noch das Successionsrecht des Fiscus, der Kirchen und Klöster und des Regimentes. Die Praxis gibt aber auch noch den Armenhäusern ein Recht auf den erblosen Nachlaß ihrer Beneficiaten, und den Akademien auf den ihrer Professoren und akademischen Bürger. S. Glück a. a. O. S. 753—762, und dieses Werk Bd. III, S. 939 flg.

174) Nov. 53. cap. 6. Nov. 117. cap. 5. Glück a. a. O. S. 425—473. Roßhirt a. a. O. S. 186—200. Löhr, im Mag. für Rechtsw. III. S. 359 flg. Vangerow a. a. O. II. S. 318 flg.

175) Nov. 53. cap. 6. pr.: Quartam partem eius substantiae habere mulierem, sive plures sive minus filii fuerint. Nov. 117. cap. 5.: Accipere eam quartam illius substantiae portionem, ita tamen ut non transcendat hoc centum librarum auri quantitatem:... uxorem, si quidem usque ad tres habuerit filios eius vir sive ex ea sive ex alio matrimonio, quartam partem ex substantia viri accipere; si autem amplius fuerint filii, tantum.. accipere mulierem, quantum uni competit filiorum.

alle oder zum Theil Enkel oder Urenkel von verschiedenen Stämmen, so ist bei der Berechnung des Erbtheiles ohne Zweifel auf die Zahl der Stämme, nicht auf die Zahl der sämmtlichen Descendenten Rücksicht zu nehmen; aber auch wenn nur Enkel oder Urenkel eines Stammes mit der Wittwe concurriren, muß man nach demselben Principe rechnen, also der Wittwe ein Viertheil der Erbschaft zusprechen, als ob nur ein Kind ihr gegenüberstände. Zwar enthält das Gesetz darüber keine directe Entscheidung; aber unmöglich kann man dem Gesetzgeber die Absurdität zutrauen, daß er der Wittwe ein Viertheil geben wolle, wenn sie mit einem Sohne, mit drei Enkeln von einem anderen und mit zwölf Enkeln von einem dritten Sohne concurrirt, aber nur ein Dreizehntheil, wenn zwölf Enkel von einem Sohne allein mit ihr erben[176]). Uebrigens muß die Wittwe in jenen Pflichttheil einrechnen, was ihr durch Vermächtniß vom Manne zugewendet wird[177]). Sofern sie aber dadurch nicht völlig abgefunden ist und daher ihren gesetzlichen Erbanspruch geltend macht, ist sie auch als wahre Erbin anzusehen[178]); sie kann daher auch durch Anwachsungsrecht eine Vergrößerung ihres Erbtheiles gewinnen; aber freilich höchstens nur bis zum Betrage eines Viertheiles der Erbschaft oder des Maximum von einhundert Pfund Goldes, also nur in dem Falle, wo anfangs mehr als drei Kindern außer ihr die Erbschaft deferirt war[179]). Den eigenen Kindern der Wittwe jedoch, aus der Ehe mit dem Erblasser, soll das Eigenthum an dem Erbtheile ihrer Mutter vorbehalten sein, und

---

176) Daß das Gesetz nur an Kinder ersten Grades denke, zeigt der Ausdruck: sive ex ea sive ex alio matrimonio; und der successio in stirpes entspricht es, daß auch hier die Enkel in parentis locum succedant et tantam accipiant partem, quantam eorum parens, si viveret, futurus erat accipere. Nov. 118. cap. 1. So auch Glück a. a. O. S. 129, 454, und schon in der ersten Aufl. S. 440.

177) Nov. 53. cap. 6.: Si tamen legatum aliquod reliquerit ei vir, minus autem quarta parte, compleri hoc. Daß ihr aber auch, was sie eigenes Vermögen hat, eingerechnet werden müsse, ist eine ganz grundlose Behauptung. Arg. Nov. 53. cap. 6. §. 1.: Si vero quasdam res proprias mulier in domo viri aut alibi repositas habuit, harum actionem et retentionem habeat omnibus modis imminutam.

178) Arg. Nov. 53. cap. 6. §. 1.: Subiacere huiusmodi rebus viri creditoribus nullo modo volentibus, nisi forte secundum quod in illius iure ex hac lege heres extiterit (συγκληρονομεῖ). Für bedeutungslos hält diesen Passus Vangerow a. a. O., theils weil es doch eigentlich auf Nov. 117. allein ankomme, theils weil der Sinn jener Worte nur der sei: so weit die Wittwe aus diesem Gesetze eine Quote der Erbschaft erhält, muß sie auch die Schulden des Mannes bezahlen helfen. Allein das erste ist unrichtig, da Nov. 117. die Nov. 53. nicht aufhebt, sondern nur theilweise modificirt, und das andere trifft ebenfalls nicht zu; denn wenn die Wittwe nicht Miterbin ist, so kann sie nur ein Viertheil des Betrages der Erbschaft, nach Abzug der Schulden, fordern, sie haftet dann nicht unmittelbar für die Schulden des Mannes, und noch weniger haftet ihr eigenes Vermögen den Gläubigern desselben; jene Erklärung thut also der Stelle unnöthig Gewalt an. Vgl. Glück a. a. O. §. 125, 126. Löhr a. a. O. S. 381 flg.

179) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 299—301.

diese erlangt hier also nur den Nießbrauch[180]). Die Voraussetzungen endlich dieses außerordentlichen Erbrechtes der Wittwe bestehen darin, daß sie mit dem Verstorbenen bis zu dessen Tode in giltiger Ehe gelebt habe und sich in dürftigen Umständen befinde, während die Erbschaft des Mannes reich ist. Dieses aber ist der Beurtheilung des Richters im einzelnen Falle überlassen und kann auch nur nach den concreten Verhältnissen beurtheilt werden, mit Rücksicht nicht nur auf das beiderseitige Vermögen, sondern auch auf Stand und Lebensgewohnheit der betheiligten Personen[181]). Das Gesetz enthält außerdem noch die nähere Bestimmung, daß die Wittwe ohne Heurathsgut sei (indotata mulier), woraus sich das unvernünftige Resultat ergibt, daß die mit einer noch so kleinen dos versehene, sonst bedürftige Wittwe auf die reichste Erbschaft des Mannes keinen Anspruch machen kann[182]).

2) Das Erbrecht der natürlichen Kinder und ihrer Mutter in Beziehung zum Erzeuger, und umgekehrt des letzten in Beziehung zu jenen. Auch dieses beruht auf Gesetzen von Justinian[183]). Die im Concubinate erzeugten Kinder nämlich (liberi naturales) sollen, wenn der Erzeuger weder eine rechtmäßige Ehegattin, noch rechtmäßige Kinder hinterläßt, von der Erbschaft desselben zusammen mit der Mutter ein Sechstheil erhalten, so daß sie dieses, aber auch nie mehr als dieses, gegen alle anderen Erben, außer der rechtmäßigen Ehegattin und rechtmäßigen Kindern, auch gegen diejenigen, welchen das Vermögen sonst als erbloses zufällt, in Anspruch nehmen können, und umgekehrt soll unter gleicher Voraussetzung auch der natürliche Vater gleichen Erbanspruch an dem Nachlasse der natürlichen Kinder haben. Die überlebende rechtmäßige Ehefrau schließt jenes Erbrecht auch dann aus, wenn sie selbst nicht Erbin ist; sie soll nicht den Schimpf erleiden, daß uneheliche Kinder ihren Mann beerben, während sie selbst an seiner Erbschaft keinen Theil hat. Nach heutigem Rechte möchte man strenggenommen behaupten, daß dieses Erbrecht der liberi naturales überall nicht mehr stattfinde, weil durch das canonische Recht und teutsche Reichsgesetze der Concubinat geradezu

---

180) Nov. 117. l. c.: Ita quippe, ut usum solum in talibus rebus mulier habeat, dominium autem illis filiis servetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit. Manche nehmen mit Löhr a. a. O. an, die Kinder erhielten nicht sofort die Proprietät, sondern die Mutter sei nur gebunden, ihren Kindern oder einem von ihnen jenes Erbvermögen zu hinterlassen, wie nach L. 8. §. 7. Cod. de repud. (5. 17.) Aber vgl. dagegen Roßhirt a. a. O. S. 193 flg. Vangerow a. a. O. II. S. 319—322.

181) Glück a. a. O. §. 120. Daß es in dieser Beziehung auf die Zeit der Acquisition, nicht der Delation ankomme, wie Glück, a. a. O. S. 468 flg., behauptet, ist ungegründet, wenn gleich die Wittwe als wahre Miterbin anzusehen ist. Die Armuth ist nicht Bedingung der Successionsfähigkeit der Wittwe, sondern nur Voraussetzung der Delation für dieselbe; sobald ihr einmal deferirt ist, kann sie die Erbschaft erwerben, so lange dieses überhaupt noch möglich ist.

182) Nov. 53. u. 117. citt. cf. Nov. 74. cap. 5. pr. Nov. 134. cap. 13.

183) Nov. 18. cap. 5. Nov. 89. cap. 12. 13. Glück a. a. O. S. 473—489.

verboten worden ist. Allein die Praxis hat nicht nur dasselbe beständig festgehalten, sondern selbst auch auf andere uneheliche Kinder (natürliche Kinder im heutigen vulgären Sinne des Wortes) ausgedehnt[184]).

3) Das Erbrecht der Miturialen auf den vierten Theil der Erbschaft, wenn der Verstorbene nicht von Descendenten beerbt wird[185]). Dieses ist aber heutzutage unpractisch.

4) Das Recht desjenigen, welcher sich freiwillig der Pflege eines Blödsinnigen bis zu dessen Tode unterzogen hat, während der Intestaterbe desselben auf ergangene Aufforderung diese Last nicht übernehmen wollte. Hier soll nämlich jener in die Stelle des letzten einrücken und an dessen Statt erben[186]). Indessen scheint es, daß man diesen Fall vielmehr als einen Indignitätsfall zu betrachten habe, indem dem Intestaterben die ihm deferirte Erbschaft zu Gunsten des Pflegers des Blödsinnigen entrissen wird[187]).

Außerdem pflegt man auch den socius liberalitatis imperialis hier noch zu nennen, d. i. denjenigen, welchem mit dem Verstorbenen gemeinschaftlich eine Schenkung gemacht worden war, und welchem deßhalb, wenn das Vermögen erblos ist, der Antheil des Erblassers an der gemeinschaftlichen Schenkung zufallen soll[188]). Allein da dieses Recht sich nur auf den Gegenstand der Schenkung beschränkt, so kann man darin nicht einen Fall gesetzlicher Erbfolge erkennen; es ist vielmehr nur einem Vermächtnisse zu vergleichen[189]). Eben so verhält es sich auch mit dem Rechte des Vaters auf den Nießbrauch eines Theiles der mütterlichen oder großmütterlichen Erbschaft, welche seinen emancipirten Kindern zufällt[190]). Dem Vater wird auch hier nicht die Erbfolge deferirt, sondern nur der Nießbrauch an einem Erbtheile kraft gesetzlicher Bestimmung erworben[191]).

Arndts.

Intestaterbe, Intestaterbfolge, Intestaterbfolgerecht, Intestaterbfolgeordnung, Intestaterbrecht nach teutschem Rechte. — I. Intestaterbe ist diejenige Person, welche an die Stelle eines hinweggefallenen Rechtssubjectes, lediglich in Folge des Hinwegfallens desselben, vermöge eines von demselben nicht hervorgerufenen Rechtsgrundes; in von diesem verlassene Vermögensverhältnisse eintritt. — Die eigenthümlich teutschen Institute des Intestaterbrechtes ergreifen die Grundlagen der Verfassungen der Länder und der auf Grundbesitz basirten Fa-

---

184) Vgl. darüber vorzüglich Mayer, das Intestaterbrecht der liberi naturales. Tübingen 1838.

185) L. 1—3. Cod. quando et quib. quarta pars debeatur. (10. 34.)

186) Nov. 115. cap. 3. §. 12.

187) Puchta, Lehrb. §. 550.

188) Cod. si liberalitatis imperialis socius sine herede decesserit. (10. 14.)

189) Mayer, Erbr. §. 71, Note 1.

190) L. 3. Cod. de bon. mat. (6. 60.) Vgl. Schrader, Abh. I. Nr. 4. Vangerow a. a. O. II. S. 54—57.

191) Mayer a. a. O. Puchta, Lehrb. §. 454, Note a.

milienverhältnisse; allein sie sind keineswegs in allen Beziehungen geltend geblieben, und das römische Recht hat ihrer Geltung bedeutenden Abbruch gethan. — Die Eigenschaft eines Intestaterben setzt nach dem angegebenen Begriffe voraus, daß der Rechtsgrund seines Eintrittes nicht in einer Disposition oder einer verpflichtenden Handlung des Hinwegfallenden, oder des Erblassers, seine Quelle hat; daß die Verhältnisse, in welche der Eintritt geschieht oder geschehen soll, Vermögensverhältnisse, d. h. solche Rechtsverhältnisse sind, welchen, ohne daß sie bloße Statusverhältnisse sind, ihrer Natur nach ein Sonderzweck des durch sie berechtigten Subjectes inwohnt[1]); daß ferner diese Rechtsverhältnisse bei ihm (in concreto) dieselben bleiben, und nicht etwa blos deren Stoff einem ihm anderweitig zuständigen Rechte unterworfen wird, und daß endlich das Factum seines Erwerbes eben nur durch einen solchen Hinwegfall dieses Erblassers Raum gefunden hat, der ihn selbst als Rechtssubject betrifft, oder sich doch auf einen solchen Hinwegfall bezieht; daß also sowohl Identität des verlassenen und des erworbenen Rechtsverhältnisses, als auch derivatives Verhältniß zwischen dem Hinwegfalle der Person und dem Erwerbe stattfindet. — Eben so wenig also, wie derjenige Intestaterbe ist, welcher den durch den Hinwegfall eines Subjectes von dessen Rechte freigewordenen Stoff mit einem ihm bereits zugestandenen Rechte vereinigt[2]), wie durch Consolidation oder Appropriation, ist es derjenige, der den Stoff nicht untergegangener Rechte des hinweggefallenen Subjectes aus einem Rechtsgrunde erwirbt, der seiner Natur nach von dem Hinwegfallen eines Rechtssubjectes ganz unabhängig ist, wenn auch dieser Umstand für den concreten Fall factische Voraussetzung für seine Wirksamkeit war; also nicht derjenige, wer ihn usucapirt (anders wenn er die nachgelassenen Vermögensverhältnisse selbst usucapirte[3]), und an-

---

1) Ein Statusverhältniß ist, auch insofern als es ein Recht auf öffentliche Befugnisse gibt, immer ein Privatverhältniß, weil der Zweck, der ihm seiner Natur nach inwohnt, der ist, eben dieses bestimmte (nicht etwa irgend ein) Subject zu qualificiren, also ein Sonderzweck dieses Subjectes. Vgl. meine Erörterungen über die Materien des allgemeinen Theiles von Linde's Lehrb. des Civilproz. S. 112, Note 24, mit S. 55, Note 19, S. 25, Note 8, 12. Vermögensverhältniß ist es aber deßhalb nicht, weil seinem Subjecte nicht die Möglichkeit zusteht, über dasselbe, ohne Vernichtung desselben, zu disponiren, weßhalb es auch nicht auf andere übergehen, also auch nicht vererbt werden kann. Vgl. meine Identität und Connexität der Rechtsverhältnisse S. 18—24.

2) Wohl aber ist nach teutschem Rechte derjenige Intestaterbe, der dadurch die zu einem besonderen (aber nicht von dem verlassenen Rechte abgeleiteten) Rechte gebildete Befugniß zur Ausübung eines ihm schon vor dem Hinwegfalle zustehenden Rechtes vereinigt, wie sich dieß weiter unten zeigen wird.

3) Bei der improba usucapio pro herede, vermöge einer schon der älteren römischen Jurisprudenz zur Last fallenden Ueberschreitung der Grenzen des Begriffes von res. Cai. J. II. §. 54.: .. velut ipsae hereditates usucapi credebantur etc. Auch in §. 2. J. de reb. corp. etc. (2. 2.) heißt die hereditas eine res incorporalis; aber der Gegensatz zwischen res (Vermögensinhalt) und patrimonium (Vermögen) tritt doch in pr. J. de R. D. (2. 1.) hervor.

ders wenn ein wirklicher Intestaterbe vermöge dieser Eigenschaft[4]) einen fremden Stoff usucapirt), es sei nun auf welchen Rechtstitel es wolle; nicht derjenige, der diesen Stoff an sich nimmt, weil er ihm vermöge von dem hinweggefallenen Subjecte, oder von dessen Nachfolgern in dessen Rechte, begangener widerrechtlicher oder unwürdiger Handlungen verfallen ist, wie der Fiscus bei Confiscationen[5]) und Entreißung ob indignitatem[6]), und natürlich auch derjenige nicht, welcher ihn zur Befriedigung wegen Forderungen hinwegnimmt. — Die Merkmale eines Intestaterben finden sich aber dahingegen bei dem Fiscus in Ansehung des (freilich antiquirten) Erwerbes von bona caduca[7]) und des Erwerbes von bona vacantia[8]), dem in dieser Beziehung der Richter des altteutschen Rechtes in Ansehung von Gütern, hinsichtlich deren entweder die Erben sich versäumt haben oder überall keine solchen vorhanden sind, gleich steht[9]). Es muß ferner auch derjenige als Intestaterbe angesehen werden, welcher in Vermögensverhältnisse eines nur in Beziehung auf diese, und wenn auch zur Strafe, hinweggefallenen Subjectes eintritt, sobald nur dieser Eintritt ihm als Surrogat für die dereinstige Intestaterbfolge gestattet ist, wie die rechtmäßigen Kinder, und zum Theil die Ascendenten derjenigen, welche eine incestuose Geschlechtsverbindung eingehen, widerrechtlich eine Ehe aufheben oder Ehebruch begehen oder in ein Kloster eintreten[10]),

4) Daß eine solche Usucapion eine usucapio pro herede sein, und nicht blos auf den Titel des Erblassers geschehen könne, wird durch L. 4. C. de longi temp. praescr. (7. 33.), L. 4. C. de usucap. pro herede (7. 29.), vgl. L. 3. D. pro herede (41. 5.), noch nicht ausgeschlossen.

5) Vgl. Wening-Ingenheim, Lehrb. des Civilr. §. 430 mit §. 440. Confiscationen wegen Verbrechen kennen auch die Gesetze der fränkischen Zeit; sie ergreifen omnes res (Lex Ripuar. tit. 69., L. Alam. tit. 25. 26. 39. 40.), auch die hereditas paterna (L. Alam. tit. 35.), das Alode (arg. L. Baiuv. II. c. 1. §. 3.), und scheinen nicht erst durch das römische Recht bekannt geworden zu sein. Vgl. Wilda, das Strafrecht der Germanen S. 519—522. Dahingegen succediren hingerichteten Personen ihre Erben nach sächs. Landr. II. 31, §. 1, goslarischen Statuten (Göschen, die gosl. Stat. S. 10, Z. 13, 14, S. 36, Z. 12, S. 88, Z. 12, 13), so wie ebenfalls den Selbstmördern, in Ansehung welcher dieß später auf den Fall der Verübung in Krankheit, namentlich nach dem verm. Sachsenspiegel, beschränkt zu sein scheint (Göschen a. a. O. S. 129, 130). Jetzt entscheidet gemeinrechtlich C. C. C. art. 218.

6) Verschuldete Tödtung des Erblassers zieht auch Verlust des Erbes nach sich nach sächs. Landr. III. 84. §. 3, gosl. Stat. a. a. O. S. 11, Z. 38—40, ohne daß jedoch gesagt wird, daß es dem Fiscus zufalle.

7) Ueber den Unterschied zwischen bona caduca, quae capi non possunt, und den bona ereptoria, quae ab indigno auferri possunt, vgl. Huschke, in Richter u. s. w. krit. Jahrb. 1838, S. 318, 319. S. auch in diesem Werke die Art. caducum und ereptitia.

8) Dafür, oder doch für eine Universalsuccession des Fiscus in die bona vacantia, erklärt sich jetzt die Mehrzahl der Juristen, wiewohl manche ihn auch als einen privilegirten Occupanten betrachten. S. in diesem Werke den Art. erbloses Gut. — Neuere Particulargesetze, wenigstens sächsische, betrachten auch hier den Fiscus als Erben: Mittermaier, Grundf. des gem. teutsch. Privatrechtes §. 445, Note 6a.

9) Vgl. unten Note 440 flg.

10) Ueber die hierher gehörigen Fälle: Nov. 12. c. 2. Nov. 117. c. 3. Nov. 127. c. 4. Nov. 134. c. 11. Nov. 134. c. 10. Wening-Ingen-

nach römischem und zuweilen auch nach teutschem[11]) Rechte; die Kinder, denen die Proprietät der lucra nuptialia ihres aus der Ehe tretenden oder zu einer anderen Ehe schreitenden parens zufällt[11a]); so wie nicht weniger derjenige, dem, wie es das teutsche Recht als sogen. anticipirte Intestaterbfolge zuläßt, schon bei Lebzeiten des Erblassers durch dessen Rücktritt von Vermögensverhältnissen eine Succession in dieselben eröffnet wird[12]). — In diesen Fällen liegt auch immer die Idee unter, daß der Grund des Hinwegfalles seine Richtung auf das Subject hat. — Es ist aber dahingegen wieder nicht Intestaterbe, wer in rechtliche Verhältnisse eines hinweggefallenen Subjectes eintritt, welche nicht Vermögensverhältnisse sind; wiewohl ein Eintreten als Intestaterbe in Vermögensverhältnisse einen Eintritt in Verhältnisse jener Art zur Folge haben kann. Solche fallen in die Kategorie der Statusverhältnisse; es sei nun, daß sie durch ein Object, welches ihnen unterworfen ist, eine objective Beziehung erlangt haben, wie wenn den Gliedern eines gewissen Standes[13]) gewisse Benutzungen an gewissen Gegenständen ausschließlich zustehen, z. B. den Gemeindegliedern an den Allmenden, dem Adel eine Jagdgerechtigkeit auf fremdem Grund und Boden, oder daß sie nur eine subjective Beziehung haben, wie das Recht ein gewisses Gewerbe zu treiben, müssen aber nothwendig mit ihrem Subjecte untergehen, weil ihr Subject das einzige Moment ist, durch welches sie ein Dasein haben[14]), und wenn Kinder den Status ihrer Eltern erwerben, so geschieht dieß nicht durch einen Eintritt in deren Stelle, sondern durch einen, wenn auch durch die Geburt schon bewirkten, Erwerb eines besonderen (concreten) Statusverhältnisses; wiewohl die Ausübung damit verbundener Rechte bis zum Hinwegfalle der Eltern,

---

heim a. a. O. §. 431. c. 7. 8. C. 19. q. 3. — Mit dem bloßen Eintritte in ein Kloster ist aber der Eintritt in einen geistlichen Orden, die Profeßleistung, nicht zu verwechseln. Hier wird es so angesehen, als ob der Profeßleistende verstorben wäre; es tritt nach teutschem Rechte die gewöhnliche Intestaterbfolge ein (sächs. Landr. I. 25. §. 3, 5, gosl. Stat. a. a. O. S. 10, Z. 1, 2); nur nach Nov. 5. c. 5. (nicht nach L. 56. §. 2. C. de episc. et cler. [1. 3.] oder c. 7. 8. cit., wie einige wollen) tritt eine Abweichung ein. Vgl. unten Note 451.

11) So succediren bei dem Eintritte in ein Kloster oder Hospital die Erben in ⅓, nach gosl. Stat. a. a. O. S. 15, 16, Z. 38—6. Vgl. auch unten Note 454, 560.

11a) Versteht sich nach dem teutschen Begriffe von einem Erben. Ueber diese Fälle: Mackeldey, Lehrb. des heut. röm. R., 12. Ausg. von Roßhirt, §. 535b, 536.

12) Vgl. unten Note 238, 579, 343 flg. Es ist aber keine Intestaterbfolge, wenn Jemand in Folge eines auf ein bereits bestehendes Intestaterbfolgerecht sich überall nicht stützenden Rechtsgeschäftes beim Hinwegfalle des Subjectes eines Vermögens in dieses eintritt, wie nach älterem röm. R. bei der Arrogation und der venditio bonorum.

13) Daher, und weil sie schon mit diesem Status eo ipso gegeben sind, müssen sie von den Servituten eben so unterschieden werden, wie die Befugniß zur Benutzung von res publicae.

14) Vgl. oben Note 1.

ja selbst bis zum Hinwegfalle anderer Personen, z. B. erstgeborner Brüder, aufgeschoben sein kann[15]). Indeß gibt es einerseits Berechtigungen, welche vermögensrechtlicher Natur, auch nicht mit einem Status schon gegeben sind, sondern einen besonderen Rechtserwerb voraussetzen, aber weil sie kein bestimmtes Object in sich fassen[16]), ebenfalls mit dem Hinwegfalle ihres Subjectes untergehen; wie die römischrechtlichen Personalservituten[17]). Und andererseits gibt es wiederum Statusverhältnisse, welche von, auch nach dem Hinwegfallen ihres Subjectes fortdauernden Vermögensrechten abhängen und so mit diesen auf Andere übergehen können, ja selbst mit ihnen der Veräußerung fähig sind. Dahin gehört der Status eines Gemeindegliedes, insofern gewisse Berechtigungen eines solchen von dem Grundeigenthume in der Gemeinde abhängen[18]), eines Grundherrn, eines Landesherrn. Was insbesondre die Landesherrlichkeit, das dominium terrae, die später so genannte Landeshoheit betrifft, so ist es außer Zweifel, daß sie, seitdem sie überhaupt bestanden, in den weltlichen Territorien auf Intestaterben übergegangen ist, und daß sie ein gewisses Grundgebiet, ein Land, in sich faßt[19]). Bloßes Statusrecht kann sie demnach nicht sein; und auch nach der Auflösung des teutschen Reiches unterschied man sie als Proprietät von der Souverainetät oder Oberhoheit[20]), die früher in den Händen des Reichsoberhauptes lag[21]). — Eben so wenig können die öffentlichen Befugnisse und Pflichten, welche mit ihr verbunden sind, als ein selbständiges Verhältniß gedacht, auf Intestaterben übergehen. Denn ein solches Verhältniß wäre ein bloßes Amtsverhältniß in der reinen Bedeutung des Wortes, dessen Subject als solches nie ein Rechtssubject, sondern nur ein Organ des Staates ist[22]). Die Landeshoheit ist aber,

---

15) So z. B. das Recht, gewisse Titel zu führen, zu regieren. — Was man zuweilen Erbadel nennt, muß Geburtsadel heißen. Es könnte Niemand z. B. den Adel seines Bruders erben.

16) Wenn auch ein solches als Mittel zur Ausübung des Rechtes diesem unterworfen ist. Vgl. meine Identität u. s. w. S. 26 mit Note 42, S. 39, 78.

17) Vgl. ebendas. S. 37, 426, 427, in den Noten, und oben Note 1, 13.

18) Die Grundeigenthümer einer Gemeinde bilden in solcher Beziehung, namentlich in Beziehung auf die Benutzung der Allmenden, oft eine besondere engere Gemeinde von markgenossenschaftlicher Natur.

19) Vgl. z. B. Gönner, teutsches Staatsrecht §. 227, besond. a. E.

20) Klüber, Staatsrecht des Rheinbundes §. 98—102. Darnach unterschied man Souverainetäts- und Proprietätsländer, je nachdem diese Proprietät einem Mediatisirten oder dem Souveraine selbst zugeschrieben wurde.

21) Die zuweilen aufgestellte Unterscheidung zwischen Landeshoheit und Landesherrlichkeit (vgl. Entscheidungsgründe der Juristenfac. zu Jena im Bentinck'schen Successionsstreite [Oldenburg 1843], S. 16) trifft nur jene Proprietät, die man in Beziehung auf die Mediatisirten wieder in Standesherrlichkeit und Grundherrlichkeit eintheilt. Vgl. Klüber, öffentl. R. des teutschen Bundes §. 43.

22) Nicht zu verwechseln mit dem sogen. Amtslehn oder mit dem Dienstverhältnisse zu einem Landesherrn, welche privatrechtliche Verhältnisse sind, wobei allerdings Erblichkeit stattfinden kann. Reine Amtsverhältnisse können nie

eben so wie die Grundherrlichkeit, von jeher als ein Rechtsverhältniß betrachtet worden, d. h. als ein solches, welches seiner Natur nach den Sonderzwecken seines Subjectes unterworfen ist[23]); und die Befugniß der teutschen Landesherren zu solchen Zwecken, namentlich zur Erhaltung des Glanzes und des Ansehns der Familien, über die Landeshoheit zu verfügen, selbst sie zu veräußern, wird unbestritten von ihnen ausgeübt. — Auch ist die Landeshoheit lehnbares Recht, und ein solches gehört an sich zum Vermögen des Belehnten[24]). Die Auflösung der Reichsverfassung hat darin weiter nichts geändert, als daß nicht allein das Lehnsverhältniß der Landesherren zu Kaiser und Reich, wo es vorhanden war, aufgehoben[25]), sondern auch die Rechtsordnung, unter deren Schutze die Landeshoheit stand, untergegangen ist[26]); so wie denn auch die Constitutionen das Wesen der Landeshoheit überall nicht aufgehoben haben. — Die Geltung der zur Zeit der Reichsverfassung bestandenen Rechtsnormen, insoweit deren Anwendung noch möglich ist, für die landesherrlichen Verhältnisse, und ein Uebergang derselben durch Erbfolge ist auch in den Bundesgesetzen ausdrücklich anerkannt[27]). Es gibt sonach in den teutschen Ländern zwar Familien (die vom sogen. hohen Adel), deren Glieder durch Erbfolge Regenten werden können, aber sie erlangen den Status eines Regenten nur **mittelbar** durch den Eintritt in ein Vermögensrecht; ein Verhältniß, was freilich bei der

---

Ausflüsse der Landeshoheit sein, bestehen auch nicht, wenn vermöge derselben dem Landesherrn das Organisationsrecht zusteht und sie vermöge desselben geschaffen sind. Gleichgiltig ist es aber, wem die Destination der (physischen) Person zu dem Amte, die Besetzung, zusteht.

23) Dazu genügt es, sobald nur das Subject des Verhältnisses dessen Zuständigkeit für sich jedem gegenüber in Anspruch nehmen kann, was bei einem reinen Amte nicht der Fall ist. Denn ein reines Amt ist blos eine ausnahmsweise Pflicht gegen den Staat; wiewohl der Inhaber desselben, so lange der Staat ihm dasselbe zugesteht, jeden anderen von dessen Ausübung ausschließen darf und muß. Reine Aemter wird man indeß heutzutage nur etwa noch in Gemeinden und da finden, wo man das Dasein eines öffentlichen Amtes gerade zu leugnen pflegt. — Vgl. auch meine angef. Erört. S. 108, Note 16.

24) Mit einer bloßen Pflicht, einem reinen Amte, kann man nie Jemanden belehnen, weil der Begriff einer Zuständigkeit und einer freien Disposition über dasselbe dabei ausgeschlossen ist, und die Belehnung mit Aemtern wurde nur dadurch rechtlich möglich, daß man sie als ein Recht am Territorium, bisweilen als einer Burg oder einem Schlosse gleich einer Servitut anhängend, auffaßte. Man muß hier das Lehen, oder das verliehene Gut, von den damit verbundenen Pflichten und Befugnissen, und in Beziehung auf Verfassung, deren Grundlage, die immerhin auf Privatverhältnissen beruhen kann, von ihr selbst unterscheiden.

25) Alle Souverainstaaten (Länder der Souveraine) des teutschen Bundes sind jetzt allodial: Klüber, öffentl. Recht des teutschen Bundes §. 179.

26) Die neu erlangte Souverainetät schloß in ihrem Ursprunge rechtlich mehr nicht in sich, als Befreiung von der Reichshoheit. Die Landesverfassungen sind weder durch Auflösung der Reichsverbindung und Stiftung des Rheinbundes stillschweigend, noch durch die Bundesacte ausdrücklich aufgehoben. Klüber a. a. O. §. 49.

27) Wiener Schlußacte Art. 23, Art. 16.

publicistischen Behandlungsweise des Gegenstandes nicht hervorzutreten pflegt[28]). — Das Privatfürstenrecht ist aber jetzt noch Privatrecht, nicht, wie Einige wollen, ein Theil des öffentlichen Rechtes, wenn auch eine Verbindung desselben mit diesem in der doctrinellen Behandlung sich rechtfertigen läßt; und politische Ideen sowohl als nicht zur Verwirklichung gelangte naturrechtliche Grundsätze und Modificationen in der Ausübung der Landeshoheit, die den Erwerbgrund derselben nicht berühren, bleiben uns hier natürlich fremd. — Um Intestaterbe zu sein, ist es indeß nach teutschem Rechte nicht erforderlich, daß jener Eintritt in alle verlassenen Vermögensverhältnisse des hinweggefallenen Subjectes oder in eine alle ergreifende Quote derselben erfolge[29]); und namentlich können dessen Verbindlichkeiten davon ausgenommen sein. Verbindlichkeiten sind nämlich ihrer rechtlichen Natur nach nur Beschränkungen der jedem (Privat-) Rechtssubjecte zustehenden Willkür in der Wahl der Zwecke seiner Thätigkeit und in der Ausübung seiner Rechte[30]); und sie müssen demnach mit dem Subjecte selbst untergehen. Allein sie haben eine Beziehung auf die Rechte des Verpflichteten dadurch erlangt, daß deren Stoff im Falle der Nichterfüllung von dem Berechtigten zu seiner Befriedigung angegriffen werden kann; eine Befugniß, deren Fortdauer von dem Dasein des verpflichteten Subjectes unabhängig ist, und daher auf jeden einwirken muß, auf den jene Rechte übergegangen sind, nachdem durch den Hinwegfall des Verpflichteten jene eventuelle Befugniß zu einer unbedingten geworden ist; nicht aber dann, wenn seinem schon vor diesem Hinwegfalle existirenden Rechte durch denselben blos die frei gewordene Ausübung hinzugetreten ist, selbst wenn die Befugniß zu dieser Ausübung wiederum als besonderes Recht behandelt wird, wie bei dem teutschen Erbe im eigentlichen Sinne des Wortes[31]). Anders gestaltet sich indeß das Verhältniß nach der *römischen* Ansicht, die in der Gesammtheit der von einem Privatrechtssubjecte verlassenen bis dahin ausschließlich mit seiner Person verbunden gewesenen Ver-

28) Die Publicisten pflegen in die juridische Natur der Sache nicht tiefer einzugehen und die Privatrechtslehrer dem Verhältnisse, wie es scheint als einem öffentlichen, keine besondere Betrachtung zuzuwenden. — Wäre übrigens die Zuständigkeit der landesherrlichen Befugnisse nicht in einem privatrechtlichen Verhältnisse gegründet gewesen, so hätte sie nie von der Reichsgewalt ganz getrennt und es keine Reichsallodien geben können.

29) Cout. de Liege ch. 11. art. 1.: Qui decede intestat, laisse deux hoiriers, l'une est mobiliaire et l'autre immobiliaire.

30) Vgl. meine angef. Erört. S. 1, 2, mit Note 3.

31) Vgl. unten Note 42 flg. Daher erklärt es sich, daß nach ursprünglich teutschem Rechte nur derjenige die Schulden des Erblassers zu bezahlen hat, wer die Mobilien erbt, und so weit sie reichen: Sächs. Landr. I. 6. §. 2. Berck, Brem. Güterr. S. 88. Pauli, Erbr. der Blutsverw. S. 247. Mittermaier, teutsch. Privatr. §. 420, Note 18, 19, 20, und das. Cit. Man hat indeß diese Stelle des sächs. Landr. auch so verstanden, daß dieser auch über deren Werth hinaus hafte (Fischer, Erbfolgsgesch. der Seitenverw. S. 47 flg.). Allein die Parömie: wer einen Heller erbt, muß einen Thaler bezahlen (Hert, in paroem. iur. Germ. Lib. I. par. 78.), dürfte doch nicht rein teutschrechtlicher Natur sein.

mögensverhältnisse, dem Vermögen, die vermögensrechtliche Persönlichkeit desselben als fortdauernd betrachtet und den Erben in diese Persönlichkeit eintreten läßt. Denn hier erscheint der Erbe eben so, wie diese Persönlichkeit, als das Subject der verlassenen obligatorischen Verhältnisse auch als Verpflichteter. Dieses Verhältniß betrachtet man gewöhnlich als ein wesentliches Merkmal der Universalsuccession, und von diesem Gesichtspunkte aus konnte die alte teutsche Erbfolge keine solche sein. Die Grundansicht jener Betrachtungsweise scheint jedoch die zu sein, daß die Universalsuccession ein Eintritt in ein Vermögen als Einheit, in universum ius quod defunctus habuit, ist; und die Abtrennung einzelner einer besonderen Erbfolge unterworfenen Güter, wie zuweilen im teutschen Rechte gewisser Immobilien, würde dem Ueberreste den Charakter eines Vermögens noch nicht rauben[32]); selbst dann nicht, wenn die Verpflichtungen des Erblassers mit dessen Hinwegfall untergegangen wären[33]). Allein wenn kein Eintritt des Erben in die Verpflichtungen des Erblassers stattfindet, so fehlt es an einem Merkmale dafür, ob die Succession in die einzelnen Güter oder in das Vermögen geschieht[34]); während der Eintritt in die Verpflichtungen, der gegen Ende des 13. und im 14. Jahrhunderte geltend geworden zu sein scheint[35]), sich nur durch eine Succession in das Vermögen[36]) erklärt. Allein die wesentlichsten Eigenthümlichkeiten der Natur der teutschen Erbfolge liegen doch in einer Singularsuccession in Immobilien[37]). Wenn indeß das verlassene Vermögen in die Lage kommt, daß eine Fortsetzung jener Persönlichkeit nicht zu erwarten steht, löst es sich auch nach römischem Rechte in einen Inbegriff subjectloser Vermögensverhältnisse oder bona vacantia auf, und es geht von den Verbindlichkeiten jener Persönlichkeit nur die Wirkung auf den Erben über, welche aus der gedachten Befugniß des Berechtigten, den Stoff der auf ihn übergegangenen Vermögensrechte zu ergreifen, hervorgeht. In dieser Lage war bei den Römern der Fiscus, wo er als Erbe zu be-

32) Vgl. Mühlenbruch, in Glück's Erläut. der Pand. XXXVIII. S. 5, 6, Note 7.

33) Für die Universalität der teutschen Erbfolge erklären sich demnach: Hasse, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. I. S. 36. Arch. für civ. Prax. S. 62. Rhein. Mus. II. S. 212. Mühlenbruch a. a. O.

34) Denn die Befugniß zur Einziehung der Forderungen ließe sich noch immer aus einem Uebergange der einzelnen Klagerechte erklären.

35) Denn im schwäb. Landr. (Laßberg's Ausg., die künftig ohne weitere Bemerkung citirt wird) C. 5, 6 (Senckenb. 260), so wie im verm. Sachsensp. und in den gosl. Statuten (Göschen a. a. O. S. 6, Z. 6, 7, S. 7, Z. 5—7, S. 147, 148, mit Note 9 u. 1—3) fehlt schon die Beschränkung der Schuldenhaftung auf den Werth der fahrenden Habe. Jedoch haften die Erben nach schwäb. Landr. 8. (S. 262) wenigstens dann nicht, wenn sie gar nichts empfangen. — Vollkommene Haftung aber nach Kaiserr. II. 49. Jüt. Lov. I. 26.

36) Der Begriff desselben ist gewiß schon früh gangbar gewesen. — Vgl. unten Note 48, 54, 55.

37) Vgl. unten Note 42 flg.

trachten ist; der daher zwar nicht im römischen Sinne ein wahrer Erbe, wohl aber im teutschrechtlichen als ein solcher, oder genauer, als ein Erbnehmer[38]) erscheint[39]), wenn auch solches Gut als erbloses bezeichnet wird[40]). — Es ist aber auch endlich nicht Intestaterbe, wer beim Hinwegfalle eines Subjectes Vermögensrechte erwirbt, welche bei dessen Dasein noch überall nicht zur Existenz gelangt sind; und man darf daher auch die Forderung auf Wehrgeld, welche die Verwandten gegen den Todtschläger erwarben, nicht als ein Intestaterbenverhältniß betrachten[41]). Die bisher dargestellten Momente bestimmen und begränzen das Verhältniß des Intestaterben schon deßhalb, *weil das* Verhältniß eines jeden Erben ihr Dasein oder ihren Mangel *erfordert* oder voraussetzt. Denn der Intestaterbe ist, wiewohl ursprünglich im teutschen Rechte der einzige Erbe, im heutigen doch immer nur eine Art der weiteren Kategorie des Erben überhaupt. Die teutsche Benennung: Erbe hat auch ursprünglich wohl nur die objective Bedeutung von Grund und Boden[42]), aufgefaßt als der bleibende Sitz eines Stammsubjectes oder Familienhauptes und seiner Nachkommenschaft[43]). Vermöge des mit dieser bleibenden Eigenschaft verbundenen Uebergehens auf die Nachkommen konnte sich die Benennung auf diese erstrecken. Erbe und Nachkomme sind darnach in Beziehung auf ein als ursprüngliches gedachtes Stammsubject (dem ersten Erwerber des Sitzes) identisch, und bleiben es überhaupt so lange als die Nachkommenschaft und das ursprüngliche Erbe in der objectiven Bedeutung noch nicht unter von ihm abstammende untergeordnete Stammsubjecte

---

38) Vgl. unten Note 62.

39) Denn hier steht es seiner Erbqualität nicht entgegen, daß er unbedingt für Schulden nicht weiter haftet, als die Masse reicht (s. indeß in diesem Werke den Art. erbloses Gut Bd. III, S. 943). Es beweist aber auch dieselbe nach römischem Rechte nicht, daß er die hereditatis petitio hat, weil diese Klage, als rerum petitio, hauptsächlich auf die Restitution der Masse geht und das Recht sich zu derselben nur als der Grund verhält (vgl. meine Aufs. in Roßhirt's Zeitschr. für Civil- und Criminalr. IV. S. 68 flg.), so daß die Verschiedenheit des Rechtes dabei leicht in den Hintergrund treten konnte.

40) S. indeß Göschen a. a. O. S. 129, Note 1, und vgl. sächs. Landr. I. 28.

41) Läge dem Wehrgelde die Idee zum Grunde, daß eigentlich der Erschlagene den Anspruch darauf erworben habe, so könnte ein Anspruch darauf nicht stattfinden, wenn die Tödtung aus Nothwehr geschehen wäre, wie es doch der Fall ist (sächs. Landr. II. 14. §. 1), da es Versöhnung der Verwandten bezweckt (Wilda a. a. O. S. 373). Man kann demnach juridisch nur insofern einen Zusammenhang zwischen Wehrgeld und Intestaterbfolge annehmen (vgl. indeß Mittermaier a. a. O. §. 432, Note 12, 13, 17, und daselbst Citirte), als beide durch Schutzverhältnisse begründet werden können: vgl. Kraut, die Vormundschaft S. 63—76.

42) Vgl. Grimm, R.-A. S. 466 flg., 492 flg.

43) Vgl. unten Note 68, 100. Diese Idee kann sich aber erst dann gebildet haben, als der Grundbesitz ein geregeltes Rechtsverhältniß geworden. Dieß läßt sich von des Tacitus Zeiten im eigentlichen Teutschland nicht nachweisen, und es spricht daher nicht gegen jene Ansicht, daß er (de morib. Germ. c. 20.) den avunculus als einen proximus in possessione bezeichnet.

gespalten und getheilt ist[44]). Ist dieses aber geschehen, so kann, wenn (nämlich in Ermangelung einer Nachkommenschaft eines untergeordneten Stammsubjectes) die ursprüngliche Nachkommenschaft erben kann, es in Beziehung auf ein (der Nachkommen entbehrendes) Familienhaupt auch Erben geben, welche nicht (dessen) Nachkommen sind[45]) (im Gegensatze zu diesen: Magen [Genossen?], Freunde, Blutsfreunde, jetzt auch Agnaten[46])). — Die objective Bedeutung von Erbe scheint demnach nicht sowohl die des ererbten[47]), als die des zu vererbenden Gutes zu sein; und ihm kommt auch die Bezeichnung: Eigen[47]) zu, die aber nicht diese Eigenschaft, sondern vielmehr die rechtliche Aussonderung desselben von einer Theilnahme Anderer, und somit die Ausschließlichkeit des Rechtes eines bestimmten Subjectes, oder der Rechte mehrerer Dritten gegenüber, an demselben ausspricht, und daher auch für das Vermögen überhaupt paßt, welches denn beim Hinwegfalle seines Subjectes ebenfalls Erbe genannt wird[48]). — In jener Beziehung wird es in lateinischen Quellen auch als hereditas aviatica bezeichnet[49]), — während unter hereditas schlechthin[50]), in der Regel, eben so wie auch zuweilen unter Erbe, die ganze Verlassenschaft zu verstehen ist[51]). Die letztere Eigenschaft wird auch durch Allode (alodis) angedeutet[52]), ein Ausdruck, der aber, eben so wie Eigen im Gegensatze von Lehen[53]), auch das sonstige eigne Gut zu bezeichnen scheint[54]); ein Doppelsinn, der sich erklärt, wenn man annimmt, daß Eigen oder Allode im weiteren Sinne nicht blos Eigenthum bedeutet, sondern auch so viel heißt als Vermögen. Das eigentliche Erbe in der ursprünglichen Bedeutung ist zwar im Eigenthume[55]) des jedesmaligen innehabenden Stammsubjectes,

---

44) Diesen, die dann von dem Gute, welches sie erben, noch nie abgetheilt sind, schreibt ein engeres Gesammteigenthum zu: Fischer, Gesch. der teutschen Erbfolge I. S. 123, 134 flg., und ein weiteres den übrigen Abkömmlingen des ersten Erwerbers, welche, oder deren besondere Stammsubjecte, schon einmal davon abgetheilt worden. Gesammtgegenstand ihrer Vermögen, möchte man besser sagen. S. unten Note 56.

45) S. vorige Note.

46) Vgl. unten Note 197.

47) Grimm a. a. O. S. 492.

48) Sächs. Landr. I. 6. §. 1. Gosl. Stat. a. a. O. S. 10, Z. 15, 16. Schwäb. Landr. C. 5, 6.

49) Lex Rip. tit. 56. §. 3. L. Sal. tit. 62.

50) Ueber heres, hereditas, hereditare: Beseler, Vergabungen I. S. 14—17.

51) L. Angl. et Verin. tit. 6.

52) Grimm a. a. O. S. 492.

53) Vgl. z. B. sächs. Landr. I. 34. I. 38. §. 2, III. 84. §. 3. Gosl. Stat. a. a. O. S. 10, Z. 15, 16.

54) Denn die Titel, welche von der Beerbung handeln, sind in den Quellen der fränkischen Zeit regelmäßig de alodibus überschrieben, verfügen aber auch über die Succession in bewegliches Gut (L. Angl. et Verin. tit. 6.) oder hereditas im Gegensatze von hereditas oder terra aviatica (Lex Rip. tit. 56. L. Sal. tit. 62.). S. indeß Gaupp, das alte Gesetz der Thüringer S. 339, der hier Alode = terra sortis titulo acquisita, nimmt.

55) Gosl. Stat. a. a. O. S. 10, Z. 15, 16: dat sin was, do he levede wente an sinen dod. Schwäb. Landr. 230. S. 253: sin selbes gut.

trachten ist; der daher zwar nicht im römischen Sinne ein wahrer Erbe, wohl aber im teutschrechtlichen als ein solcher, oder genauer, als ein Erbnehmer[38]) erscheint[39]), wenn auch solches Gut als erbloses bezeichnet wird[40]). — Es ist aber auch endlich nicht Intestaterbe, wer beim Hinwegfalle eines Subjectes Vermögensrechte erwirbt, welche bei dessen Dasein noch überall nicht zur Existenz gelangt sind; und man darf daher auch die Forderung auf Wehrgeld, welche die Verwandten gegen den Todtschläger erwarben, nicht als ein Intestaterbenverhältniß betrachten[41]). Die bisher dargestellten Momente bestimmen und begränzen das Verhältniß des Intestaterben schon deßhalb, weil das Verhältniß eines jeden Erben ihr Dasein oder ihren Mangel erfordert oder voraussetzt. Denn der Intestaterbe ist, wiewohl ursprünglich im teutschen Rechte der einzige Erbe, im heutigen doch immer nur eine Art der weiteren Kategorie des Erben überhaupt. Die teutsche Benennung: Erbe hat auch ursprünglich wohl nur die objective Bedeutung von Grund und Boden[42]), aufgefaßt als der bleibende Sitz eines Stammsubjectes oder Familienhauptes und seiner Nachkommenschaft[43]). Vermöge des mit dieser bleibenden Eigenschaft verbundenen Uebergehens auf die Nachkommen konnte sich die Benennung auf diese erstrecken. Erbe und Nachkomme sind darnach in Beziehung auf ein als ursprüngliches gedachtes Stammsubject (dem ersten Erwerber des Sitzes) identisch, und bleiben es überhaupt so lange als die Nachkommenschaft und das ursprüngliche Erbe in der objectiven Bedeutung noch nicht unter von ihm abstammende untergeordnete Stammsubjecte

38) Vgl. unten Note 62.

39) Denn hier steht es seiner Erbqualität nicht entgegen, daß er unbedingt für Schulden nicht weiter haftet, als die Masse reicht (s. indeß in diesem Werke den Art. erbloses Gut Bd. III, S. 943). Es beweist aber auch dieselbe nach römischem Rechte nicht, daß er die hereditatis petitio hat, weil diese Klage, als rerum petitio, hauptsächlich auf die Restitution der Masse geht und das Recht sich zu derselben nur als der Grund verhält (vgl. meine Auff. in Roßhirt's Zeitschr. für Civil- und Criminalr. IV. S. 68 flg.), so daß die Verschiedenheit des Rechtes dabei leicht in den Hintergrund treten konnte.

40) S. indeß Göschen a. a. O. S. 129, Note 1, und vgl. sächs. Landr. I. 28.

41) Läge dem Wehrgelde die Idee zum Grunde, daß eigentlich der Erschlagene den Anspruch darauf erworben habe, so könnte ein Anspruch darauf nicht stattfinden, wenn die Tödtung aus Nothwehr geschehen wäre, wie es doch der Fall ist (sächs. Landr. II. 14. §. 1), da es Versöhnung der Verwandten bezweckt (Wilda a. a. O. S. 373). Man kann demnach juridisch nur insofern einen Zusammenhang zwischen Wehrgeld und Intestaterbfolge annehmen (vgl. indeß Mittermaier a. a. O. §. 432, Note 12, 13, 17, und daselbst Citirte), als beide durch Schutzverhältnisse begründet werden können: vgl. Kraut, die Vormundschaft S. 63—76.

42) Vgl. Grimm, R.-A. S. 466 flg., 492 flg.

43) Vgl. unten Note 68, 100. Diese Idee kann sich aber erst dann gebildet haben, als der Grundbesitz ein geregeltes Rechtsverhältniß geworden. Dieß läßt sich von des Tacitus Zeiten im eigentlichen Teutschland nicht nachweisen, und es spricht daher nicht gegen jene Ansicht, daß er (de morib. Germ. c. 20.) den avunculus als einen proximus in possessione bezeichnet.

gespalten und getheilt ist[44]). Ist dieses aber geschehen, so kann, wenn (nämlich in Ermangelung einer Nachkommenschaft eines untergeordneten Stammsubjectes) die ursprüngliche Nachkommenschaft erben kann, es in Beziehung auf ein (der Nachkommen entbehrendes) Familienhaupt auch Erben geben, welche nicht (dessen) Nachkommen sind[45]) (im Gegensatze zu diesen: Magen [Genossen?], Freunde, Blutsfreunde, jetzt auch Agnaten[46])). — Die objective Bedeutung von Erbe scheint demnach nicht sowohl die des ererbten[47]), als die des zu vererbenden Gutes zu sein; und ihm kommt auch die Bezeichnung: Eigen[47]) zu, die aber nicht diese Eigenschaft, sondern vielmehr die rechtliche Aussonderung desselben von einer Theilnahme Anderer, und somit die Ausschließlichkeit des Rechtes eines bestimmten Subjectes, oder der Rechte mehrerer Dritten gegenüber, an demselben ausspricht, und daher auch für das Vermögen überhaupt paßt, welches denn beim Hinwegfalle seines Subjectes ebenfalls Erbe genannt wird[48]). — In jener Beziehung wird es in lateinischen Quellen auch als hereditas aviatica bezeichnet[49]), — während unter hereditas schlechthin[50]), in der Regel, eben so wie auch zuweilen unter Erbe, die ganze Verlassenschaft zu verstehen ist[51]). Die letztere Eigenschaft wird auch durch Allode (alodis) angedeutet[52]), ein Ausdruck, der aber, eben so wie Eigen im Gegensatze von Lehen[53]), auch das sonstige eigne Gut zu bezeichnen scheint[54]); ein Doppelsinn, der sich erklärt, wenn man annimmt, daß Eigen oder Allode im weiteren Sinne nicht blos Eigenthum bedeutet, sondern auch so viel heißt als Vermögen. Das eigentliche Erbe in der ursprünglichen Bedeutung ist zwar im Eigenthume[55]) des jedesmaligen innehabenden Stammsubjectes,

---

44) Diesen, die dann von dem Gute, welches sie erben, noch nie abgetheilt sind, schreibt ein engeres Gesammteigenthum zu: Fischer, Gesch. der teutschen Erbfolge I. S. 123, 134 flg., und ein weiteres den übrigen Abkömmlingen des ersten Erwerbers, welche, oder deren besondere Stammsubjecte, schon einmal davon abgetheilt worden. Gesammtgegenstand ihrer Vermögen, möchte man besser sagen. S. unten Note 56.

45) S. vorige Note.

46) Vgl. unten Note 197.

47) Grimm a. a. O. S. 492.

48) Sächs. Landr. I. 6. §. 1. Gosl. Stat. a. a. O. S. 10, Z. 15, 16. Schwäb. Landr. C. 5, 6.

49) Lex Rip. tit. 56. §. 3. L. Sal. tit. 62.

50) Ueber heres, hereditas, hereditare: Beseler, Vergabungen I. S. 14—17.

51) L. Angl. et Verin. tit. 6.

52) Grimm a. a. O. S. 492.

53) Vgl. z. B. sächs. Landr. I. 34. I. 38. §. 2, III. 84. §. 3. Gosl. Stat. a. a. O. S. 10, Z. 15, 16.

54) Denn die Titel, welche von der Beerbung handeln, sind in den Quellen der fränkischen Zeit regelmäßig de alodibus überschrieben, verfügen aber auch über die Succession in bewegliches Gut (L. Angl. et Verin. tit. 6.) oder hereditas im Gegensatze von hereditas oder terra aviatica (Lex Rip. tit. 56. L. Sal. tit. 62.). S. indeß Gaupp, das alte Gesetz der Thüringer S. 339, der hier Alode = terra sortis titulo acquisita, nimmt.

55) Gosl. Stat. a. a. O. S. 10, Z. 15, 16: dat sin was, do he levede wente an sinen dod. Schwäb. Landr. 230. S. 253: sin selbes gut.

aber in Folge seiner Bestimmung ist es Vermögensgegenstand des Geschlechtes, dem er angehört; ein Eigen, das sich durch das Geschlecht[56]) erstreckt. Hatte nun so der subjective Begriff des Erben sich einmal gebildet, so erlangte er sehr natürlich auch Geltung für gleichartige Fälle des Ueberganges von solchen Gütern, welche nicht jene Eigenschaft eines Erbe im objectiven Sinne hatten, wie die Mobilien; und als durch Dispositionen eines Rechtssubjectes auf den Todesfall ein gleichartiger Uebergang hervorgerufen werden konnte, was zu der Zeit, in der eine Universalsuccession entsteht[57]), bereits ein allgemein verbreitetes und anerkanntes Institut gewesen zu sein scheint, paßte für das gleichartige Verhältniß auch der gleiche Name. Der Ausdruck: Erbnehmer, welcher zuweilen neben der Benennung: Erbe gebraucht wird, um alle Nachfolger der gedachten Art zu bezeichnen, scheint indeß alle diejenigen zu befassen, welche nicht als Nachkommen Erben sind[58]). Nur von den Nachkommen wird gesagt: das Erbe verstirbt auf sie, nach der Regel: es stirbt kein Gut zurück, sondern vorwärts; eine Regel, die keinesweges sagt, daß nur die Nachkommen erben. Allein den übrigen Erben fällt das Gut an, z. B. nach der Parömie: das Gut fällt der Mutter in den Schooß[59]), oder nach dem Fallrechte[60]); so wie denn auch der Ausdruck: auf den ledigen Anfall, den Fall bezeichnet, wo die Nachkommenschaft einer gegebenen Person erlischt[61]). Von diesen kann man also sagen, daß sie das Erbe nehmen. Auch der Ausdruck Ganerben geht nur auf Erbnehmer in diesem Sinne, im sächs. Landr. jedoch nur auf diejenigen, welche entfernter sind als Eltern und Geschwister; die, welche das Erbe nehmen, nachdem es sich verschwestert und verbrüdert hat[62]). Als der Begriff des römischen heres in Teutschland Geltung erlangte, mußte in Ermangelung einer anderen Benennung auch die eines Erben auf ihn übergehen, und wenn man blos auf die

---

56) Das möchte die eigentliche Bedeutung von durchslacht (slacht, slechte = Geschlecht: sächs Landr. I. 6. §. 2) eigen sein, womit die Bedeutung von mere proprium (Grimm, R.-A. S. 494) im Gegensatze von Lehen noch immer vereinbar ist. — Eine andere Bedeutung drückt aber: torfacht egen, aus. Vgl. Grimm a. a. O.

57) Vgl. oben Note 35. Schwäb. Landr. 5. 22. (S. 259 u. 311). Gosl. Stat. a. a. O. S. 122, Z. 29—34, vgl. mit S. 9, Z. 5—10, und sächs. Landr. II. 30.

58) Nach Mittermaier, a. a. O. §. 432, Note 26, alle, welche nicht als Blutsverwandte erben. Die Parömie: das Gut stirbt auf dem Heerd, scheint aber doch nur auf das Versterben auf die Nachkommen zu passen, die auch zuweilen heredes im Gegensatze der propinqui heißen: L. Bai. tit. 14. c. 9. §. 8.

59) Ueber die Vereinigung dieser beiden Parömien: Walch, D. de succ. asc. feud. §. 8. not. *. p. 17. Fischer, Erbfolgsgesch. der Seitenverw. S. 14 flg.

60) S. unten Note 210, 386.

61) S. unten Note 540 flg.

62) Unrichtig bestimmt Fischer a. a. O. (E. G. d. S.) S. 14 die Bedeutung umgekehrt.

grammatische Wortbedeutung[63]) steht, so dürfte dagegen nichts Erhebliches einzuwenden sein, sobald man die juridische Verschiedenheit[64]) nicht außer Augen läßt. Denn abgesehen von dieser ist der heres eben nichts anders als der Herr von verlassenen Vermögensverhältnissen. Durch diese Uebertragung auf das römische Recht konnte sich aber erst die Benennung: Intestaterbe, in Folge der dem teutschen Rechte unbekannten römischen Unterscheidung zwischen dem heres ex testamento[65]) und dem heres ab intestato bilden, und seitdem in Teutschland auch Erben durch Vertrag[66]) und Testament[67]) geschaffen wurden, eine juridische Bedeutung erhalten. Nachdem seit dem 16. Jahrhunderte die römischen Ansichten gemeinrechtlich geworden, zeichnet sich der Intestaterbe vor anderen Erben zwar durch den von Anordnungen des Erblassers unabhängigen Rechtsgrund aus; es hebt aber die Eigenschaft eines Intestaterben nicht auf, wenn sein Verhältniß durch solche Anordnungen blos modificirt wird. — Die Austheilung des von einem teutschen Volke occupirten Grundgebietes, welche jedem (vollberechtigten) Gliede desselben einen Theil des letzteren als Sitz für sich und seine Nachkommenschaft[68])

63) Festus, v. Heres.

64) Vgl. Beseler, Vergabungen I. S. 48. Bluntschli, Zürcher Rechtsgesch. II. S. 311.

65) Nullum testamentum: Tacit., de morib. Germ. c. 20. Gegen die Existenz von Erbverträgen zu Tacitus Zeiten: Griesinger, in der Forts. des Handb. von Danz zu Runde IX. S. 23 flg.

66) Nämlich nicht blos durch ein Geschäft, welches bei Lebzeiten eines künftigen Erblassers einem Anderen schon bei Mobilien Besitz, bei Immobilien rechte Gewere ertheilte (wovon noch das sächs. Landr. II. 30. verstanden werden kann), dem gesetzlichen Erben das Gut entfremdet, sondern der Anfall nach dem Tode durch eine sogen. traditio post mortem bewirkt wurde. Beispiele von solchen traditiones post mortem zum Besten von geistlichen Stiftungen im südlichen Teutschland aus dem 8. Jahrh. bei Duncker, das Gesammteigenthum S. 64 flg.

67) Sobald man Testamente kannte, was schon gegen Ende des 13. Jahrh. ziemlich allgemein der Fall gewesen zu sein scheint (z. B. Hamb. Stat. v. 1291 Art. 25), hielt man sie, von der römischen Form abgesehen, wohl eben so giltig (vgl. indeß Griesinger a. a. O. IX. S. 48 flg.), als die auch um diese Zeit erst allgemein gewordenen traditiones post mortem, und wo man sich Privilegien zur Testamentserrichtung ertheilen ließ (vgl. Mittermaier a. a. O. §. 459, Note 32), hielt man auch wohl eine solche traditio nicht für sicher.

68) Die Idee, daß die Zutheilung von Grund und Boden der Familie geschehe (vgl. Fischer, Erbfolgsgesch. der Seitenverw. S. 30 flg.), spricht sich schon vor solcher Austheilung darin aus, daß die jährlich zur Bebauung vertheilten Strecken (eine Vertheilung, die für die Zeit fester Wohnsitze bestritten wird von Maier, germ. Urverf. S. 30 flg.) den Stämmen und Familien angewiesen wurden. Vgl. Caesar de bello Gall. IV. 1. VI. 22. Auch finden sich später Grenzstreitigkeiten zwischen Familien oder Genealogien genannt: Lex Burg. tit. I. art. 2. L. Sal. T. 63. Zu welcher Zeit definitive Austheilungen begonnen, wissen wir freilich nicht (s. auch Fischer a. a. O. S. 53, 54, und das. Cit.), abgesehen von den namentlich von den Burgundern mit den unterworfenen Bewohnern römischer Provinzen vorgenommenen Theilungen. Der Ausdruck terra salica (L. Sal. tit. 62.) bezeichnet wohl nur Eigen an Grund und Boden nach salfränkischem Volksrechte, und dieß fand wohl nur bei solchen Grundstücken statt, welche durch die ursprüngliche Vertheilung

ertheilt, hat damit noch keinem dieser **Nachkommen** ein die übrigen ausschließendes Recht zur **Herrschaft** auf irgend einen Theil dieses Sitzes gegeben; ein solches hat vielmehr nur das Stammsubject empfangen, und wir finden dieses Subject in Ansehung von Dispositionen über dieselbe nur insofern beschränkt, als er durch Veräußerungen seinen Nachkommen überhaupt ihren Sitz entziehen würde, aber überall keine Rechtsnorm, welche ihn verhinderte, unter seinen gesetzlich zur Nachfolge in diese **Herrschaft gleich nahen** Nachkommen denjenigen oder diejenigen zu wählen, denen diese **Herrschaft** vor den übrigen Theil werden soll[69]), eben so wie sie ihm selbst vor Anderen zusteht. Noch heutzutage trifft, wo es an neueren rechtlichen Normen dafür fehlt, und keine grundherrlichen Rechte eine Beschränkung herbeiführen, der Bauer solche Anordnungen, indem er für sein Gut unter seinen Kindern den Anerben ernennt[70]), und der Adel, indem er durch die sogen. Hausverträge oder Hausgesetze eine Successionsordnung für die Nachkommenschaft[71]) festsetzt. Zwar hat das ursprünglich teutsche Recht nie die

(terra sortis titulo acquisita: L. Burg. tit. 1. c. 1.) erworben (die verschiedenen Meinungen Aelterer: bei **Reinhard**, Abh. von dem Erbfolgsrechte der Töchter S. 11 flg., Note). Sie erscheint also eben so, wie das durchslacht eigen (oben Note 56) als Familiensitz, und diese Bedeutung liegt auch vielleicht dem Ausdrucke terra aviatica (L. Rip. tit. 66.), und der Benennung: *Ansidel*, nämlich das Gut, worauf der Vater gesessen (schwäb. Landr. S. 148. Senck. 285. Nach dem Reg. bei **Laßberg** soll es ein **kleines**[?] Gut sein), zum Grunde. Die Idee eines Familiensitzes unter der Herrschaft eines Familienhauptes entspricht dem alten teutschen Familienwesen (vgl. **Mittermaier** a. a. O. §. 359 und das. Cit.) so sehr, daß man sich gedrungen fühlt, sie als wesentlichen Bestandtheil desselben zu denken.

69) Auch beim Lehen steht I. Feud. 8. nicht entgegen, wenn man das succedunt filii aequaliter etc. nulla ordinatione defuncti in feudo **manente** vel valente von dem Falle versteht, daß der Vater keine Anordnung auf giltige Weise getroffen hat. Vgl. **Eichhorn**, Einleit. §. 232, Note c, aber dagegen: **Majer**, teutsche Erbfolge I. S. 174. **Griesinger**, Forts. von **Danz** zu **Runde** IX S. 357.

70) **Mittermaier** a. a. O. §. 447, Nr. VII.

71) Man pflegt solche Anordnungen für giltig zu erklären, insofern sie den Glanz und die Erhaltung der Familie bezwecken, jedoch hinzuzusetzen, daß kein Descendent des ersten Erwerbers seinen Descendenten das durch die Geburt begründete Recht zur Erbfolge entziehen könne (**Posse**, Prüfung des Unterschiedes zwischen Erbfolgerecht und Erbfolgeordn. S. 9 flg., 85 flg., die Erbfolge in Lehen und Stammgüter S. 65). Sieht man indeß von den Wirkungen ab, welche eine eigentliche öffentliche gesetzgebende Macht eines Stammsubjectes äußern könnte, so muß man der Ansicht sein, daß, sobald ein Gut die Eigenschaft des eigentlichen Erbe erlangt hat, was denkbarerweise auch schon beim ersten Erwerber, z. B. durch eine Zutheilung zum Familiensitze eintreten könnte, nur die Successionsordnung durch solche Dispositionen festgesetzt werden kann, und zwar nur insofern, als die Zurücksetzung **blos** auf die **Zeit** der Succession wirkt (vgl. unten Note 468); daß aber durch sie weder Bedingungen für die Successionsfähigkeit oder das Successionsrecht aufgestellt, also auch nicht die Qualificationen einer Mißheurath vorgeschrieben (**Dieck**, die Gewissensehe u. s. w. §. 55. Abweichend: **Heffter**, Erbfolge der Mantelkinder S. 169 flg., der indeß in solchem Falle [für die Zeit des teutsch. Reiches] kaiserliche Bestätigung verlangt, gegen deren Wirksamkeit sich bereits **Griesinger**, Forts. von

Möglichkeit sanctionirt, daß die einseitige Disposition eines Erblassers Jemanden befuge, nach seinem Tode von ihm verlassene Rechte zu erwerben; eine Möglichkeit, die durch die Natur der Sache nicht gegeben ist, weil eine solche Disposition nur der Anfang des den Erwerb begründenden Rechtsgeschäftes ist, und dieses dann nicht mehr vollendet werden kann, wenn es an einem der Subjecte desselben, oder auch nur an dessen Handlungsfähigkeit mangelt[72]). Aus diesem Grunde konnte auch das teutsche Recht Testamente, selbst für den Fall, wo keine Intestaterben vorhanden sind, nicht kennen[73]). Dieser Grund steht aber einer einseitigen Anordnung über die noch unbestimmte Art, wie mehrere ohnehin Berechtigte in der Concurrenz zur Ausübung ihrer Rechte gelangen sollen, nicht entgegen, wiewohl ihre Wirksamkeit allerdings noch eine besondere Befugniß dazu erfordert, welche wir bei dem Familienhaupte finden. Die Stände, bei denen die Idee von Familiensitzen sich noch realisirt findet, sind also noch fortwährend in der Uebung dieser Befugniß, und eine ähnliche, in der Wirkung kaum beschränktere Befugniß gewährt das römische Recht durch die Theilung der Eltern unter ihren Kindern[74]). Es kann ferner nach teutschem Rechte das sich in der Herrschaft befindende Subject diese seine Herrschaft schon vor seinem Hinwegfalle auf seine Intestaterben übertragen, durch Familienfideicommisse ihnen die Succession in dasselbe erhalten, so wie auch durch Verträge mit anderen Intestaterben die Aufgebung des Rechtes derselben bewirken, und dadurch die Masse der auf Andere übergehenden Güter vergrößern[75]). Der Intestaterbe, welcher vermöge solcher Dispositionen blos vorzugsweise vor Anderen, früher oder mit Ausschluß anderer In-

---

Danz zu Runde VIII. S. 108 flg., erklärt), noch diejenigen, welche durch ihre Geburt zur Succession berechtigt sind, von derselben ausgeschlossen werden, vielmehr, wenn einer von den übrigen zur Herrschaft gelangt, es diesen unschädlich ist (vgl. bayer. Landr. v. 1344 S. 98). Soll dergleichen Wirkung hervorgebracht werden, so bedarf es dazu der Verträge mit denjenigen, deren Rechte sie treffen soll (die man aber doch zu jedem Hausgesetze [Mittermaier a. a. O. §. 23, Note 14, 15] nicht fordern kann), deren man sich auch in früheren und späteren Zeiten dazu bediente (s. Fischer a. a. O. S. 168, Note a, S. 170, 171), und es ist selbst bezweifelt, daß der Souverain hier eine unbeschränkte Dispositionsgewalt habe (Schmalz, teutsches Staatsrecht §. 269. Kohler, Handb. des Privatfürstenr. §. 52), und nicht ohne Grund, weil es sich hier um ein Verhältniß handelt, welches die Grundlage seiner Macht ist.

72) Nur mit dieser Modification ist die Ansicht, daß die Teutschen keine Verfügung über den Tod des Verfügenden hinaus als giltig anerkannt hatten (vgl. bei Griesinger, in der Forts. von Danz, Handb. IX. S. 16 Cit. Beseler a. a. O. I. S. 1. Pauli, Erbrecht der Blutsverwandten S. 161), als begründet anzusehen, welche aber freilich diesem Satze einen ganz anderen Sinn unterlegt. A priori hat diesen Satz auch bereits aufgestellt: Jochim's Aphorismen u. s. w. zu einer spec. Rechtsphil. §. 66.

73) Tacitus, de morib. Germ. 20. Ueber die verschiedenen älteren Meinungen in Ansehung des Grundes des Mangels von Testamenten: Stryk, de succ. ab intest. Diss. 8. c. 1. §. 2. Griesinger a. a. O. IX. S. 1 flg.

74) Vgl. Thibaut, Syst. des Pandektenrechtes §. 846.

75) Durch Erbgerichte.

testaterben in die Vermögensverhältnisse des hinweggefallenen Subjectes eintritt, kann damit nicht aufhören Intestaterbe zu sein, weil der Rechtsgrund seines Eintretens an sich immer außer jenen Dispositionen liegt. —

II. Intestaterbfolge ist das Institut, durch welches der Eintritt in die verlassenen Vermögensverhältnisse eines hinweggefallenen Rechtssubjectes rechtlich unabhängig von letztwilligen Dispositionen begründet wird. Ein allgemeingiltiges (aprioristisches, naturrechtliches) Princip läßt sich als Grund dieses Institutes nicht nachweisen [76]), aber sein Ursprung und seine Gestaltung ist durch die Natur der ursprünglichen rechtsgesellschaftlichen Einrichtungen hervorgerufen [77]). Im teutschen Rechte erscheint als jenes Princip eine durch die Familiengenossenschaft begründete Berechtigung, die häufig zugleich eine Beziehung auf den Familiensitz [78]) erlangte, der ihr den Charakter einer Anwartschaft auf Familienherrschaft und eine objective Seite verlieh, die ihn auch oft da nicht verließen, wo die Beziehung auf einen Familiensitz hinweggefallen war. — Diese Idee des Familiensitzes umfaßt zwei Momente: ein subjectives: die Angehörigkeit zu einer Familie durch Zeugung und dadurch bewirkte Abstammung von einem Familienhaupte, die Blutsverwandtschaft, welche man zuweilen auf eine sogen. Einheit des Blutes gründet [79]); und ein darauf gestütztes objectives: das gemeinsame Zugehörigsein der Glieder der Familie zu einem Grundstücke, welches ihren Sitz bildet [80]). — Keines dieser Momente [81]) kann also aus-

---

76) Kant, metaph. Anfangsgr. der Rechtslehre §. 34. Griesinger a. a. O. IX. S. 171 flg.

77) Das Institut ist also allerdings ein positives, und insofern ist es richtig, wenn Montesquieu, esprit des lois l. 26. c. 5. 6. de l'autorité du clergé P. I. p. 155. seinen Grund in der loi civile findet; allein in einem einzelnen Acte einer gesetzgebenden Macht ist seine erste Entstehung nicht zu begründen.

78) Vgl. oben Note 42 flg.

79) Maier, teutsche Erbf. S. 9 flg., der S. 18 flg. die Entfernung von der Masse des verschiedenartigen Blutes abhängig macht, und S. 54 flg. auch für das röm. Recht dieß Princip für wahrscheinlicher hält, als die praesumtio amoris. — Ueber seine Darstellung: Griesinger a. a. O. IX. S. 219 flg. Das canon. Recht redet bei dergleichen Verhältnissen von una caro (c. 14. C. 32. Q. 2. 3.), und mit ihm z. B. Lex Baiuv. tit. 14. c. 8.

80) Beide Momente sind gewissermaßen auch in der Ansicht von Phillips (Zeitschr. für gesch. Rechtsw. VII. S. 9 flg.) vereinigt, nach welcher der Vater durch Zeugung mit dem Blute auch seine Wehrhaftigkeit, und zwar in Beziehung auf das in seiner Gewere befindliche Gut, mittheilt. Allein wenn sich auch so das Einrücken in die Stelle eines schützenden Familienhauptes erklären ließe, so wird man doch mit der Idee einer durch die natürliche Mittheilung des Blutes gegebenen Beziehung der Wehrhaftigkeit auf das rechtliche Verhältniß zum Gute sich nicht befreunden können.

81) Ersteres allein wollen: Maier, germ. Urverf. S. 71, 162, der indeß auch die Schutzpflicht damit in Verbindung bringt, die auch Möser, osnabr. Gesch. I. §. 18 und And. (vgl. oben Note 41), z. B. Eichhorn, teutsche Staats- und Rechtsgesch. I. §. 19, mit der Erbfolge in Zusammenhang stellen wollen (dagegen Griesinger a. a. O. IX. S. 226—265); ferner

schließlich der bildende Grund der Intestaterbfolge gewesen[82]); allein insofern sie sich über den Familiensitz hin ausdehnte, konnte nur das erste ihr fortdauernder Grund sein[83]), weßhalb es um so mehr als unrichtig erscheinen muß, das letztere als ihren einzigen Grund aufzustellen[84]), obgleich manche ihrer Eigenthümlichkeiten ihm allein zuzuschreiben sind. — Will man das Verhältniß der Familienglieder zu diesem Sitze als ein Gesammteigenthum bezeichnen, wie dieß von Einigen geschehen ist[85]); so muß man den Begriff von Eigenthum auf das Ausgeschlossensein der Ungenossen beschränken[86]), und den Begriff der Herrschaft über den Gegenstand des Eigenthums davon ausschließen[87]).

Grimm, R.-A. S. 467, unter Berufung auf Tacit. l. c. 20., wodurch dieß aber nicht bewiesen wird.

82) Fischer, Erbfolgsgesch. der Seitenverw. S. 27.

83) So wie er denn auch gewiß schon existirte und anerkannt wurde, ehe es Familiensitze gab. Vgl. oben Note 43.

84) Wie z. B. Maurer, von der Succession in Lehen und Stammgüter u. s. w. Stück 1, es will; ebenso Danz, Vers. einer histor. Entwickelung der gemeinrechtl. Erbfolgsart in Lehen S. 72, und zu Runde VII. S. 298 flg., 356 flg., von denen aber doch zugegeben wird, daß die Erbfolgeordnung (vgl. unten Nr. IV.) sich nach Geblütsrecht bestimme; ferner Posse, Prüfung u. s. w. S. 155.

85) Vgl. Fischer, Geschichte der teutschen Erbfolge Bd. I, S. 42 flg., S. 101, und die oben Note 81, so wie die bei Mittermaier a. a. O. §. 432, Note 8, und bei Duncker, das Gesammteigenthum S. 117 flg. angeführten Schriftsteller, und die neuesten: Phillips a. a. O. I. §. 86. Unger, altteutsche Gerichtsverf. §. 2.

86) Faßt man blos diese äußere Seite des Eigenthums auf und vergißt man dabei, daß ein Rechtsverhältniß nur Personen gegenüber und ein privatrechtliches Verhältniß nur zwischen Privatpersonen bestehen kann, so kann man freilich auch von einem Gesammteigenthume aller Menschen an der Erde oder der Völker reden. In diesem Sinne muß man die älteren rechtsphilosophischen Deductionen des Gesammteigenthums auffassen, wie sie sich, unter Berufung auf die Sitten und Einrichtungen vieler Nationen, bei Fischer a. a. O. S. 1—27, vgl. S. 54, angeführt und aufgestellt finden.

87) Der Beweggrund zu den Einwendungen, welche man gegen das Gesammteigenthum aufgestellt hat, so namentlich Ma[illegible], germ. Urverf. S. 106 flg., Runde, Privatr. §. 651, Maurenbrecher, teutsch. Privatr. §. 214, Duncker a. a. O. S. 115 flg., ist, wie auch theilweise ausgesprochen wird, daß ein solches der Natur der Sache nach nicht möglich sei, was auch dann allerdings wahr ist, wenn man der teutschen Benennung den römischen Begriff unterschiebt. Daß es dieses Begriffes nicht bedarf, um das Anfechtungsrecht der Erben gegen Veräußerungen zu erklären, spricht auch nicht gegen seine Realität, und Duncker a. a. O. hat sich die Sache zu leicht gemacht, wenn er dessen Erklärung als den wesentlichen Punkt behandelt, um dessenwillen jenes Gesammteigenthum angenommen, und seine Erklärung desselben aus der Haftung der Familienglieder für Delictsschulden (?) (compositio) genügt nicht, weil die Beitragspflicht dazu und das Erbenverhältniß nicht immer mit einander bei denselben Personen zusammenfallen (z. B. nicht bei der gens materna: vgl. Leg. Wallicae II. c. 16. III. c. 1. bei Wotton p. 147. 196.). Auch die Succession des avunculus bei Tac. Germ. c. 20. spricht nicht, wie Eichhorn, R.-G. I. 19., will, gegen ein Gesammteigenthum (vgl. oben Note 43). Und wenn auch vom Grundeigenthume öffentliche Befugnisse abhingen (vgl. Maurenbrecher a. a. O. §. 214), so könnte man ja jedem Erben, gerade um diese zu bewahren, ein Gesammteigenthum gegeben haben.

Dieser Familiensitz darf indeß keineswegs etwa auf die Wohnstätte, oder den unmittelbar mit derselben zusammenhängenden Grundbesitz, der freilich bei zerstreuten Ansiedelungen allein denselben bilden konnte, beschränkt werden. Denn auch wo die Teutschen ihre Wohnstätten zu Dörfern vereinigten[88]), wurde das Recht an dem in der Dorfsgemarkung belegenen Acker als ein Zubehör der Wohnstätte betrachtet[89]), wie wir es auch heutzutage und selbst in Flecken und Städten noch finden. Dieser Sitz war bei der ersten Ansiedelung natürlich das wesentliche, und wo und so lange es in Ansehung von Mobilien keine eigentliche Vererbung gab, in Beziehung auf diese das einzige Gut; und so lag es in der Natur der Sache, daß dieser Sitz als ein einzelnes Gut, und nicht etwa als ein Inbegriff von Gütern in der Bedeutung eines Familienvermögens, von dem der jedesmalige Besitzer das Subject wäre, betrachtet wurde. Ein solches Verhältniß des Grundbesitzes läßt sich indeß von den römischen Zuständen wenigstens nicht mehr nachweisen; wohl aber findet sich hier die Idee des Familienvermögens[90]). Dieses Vermögen wird in der vermögensrechtlichen Persönlichkeit, dem ius personae zur Einheit; aber dieses ius personae steht nur dem jedesmaligen Stammsubjecte, dem paterfamilias zu, der dasjenige ius personae, welches den ihm untergeordneten Familiengliedern außerhalb der Familienverbindung zustehen würde, vermöge seiner potestas oder seiner manus mit dem seinigen vereinigt. Sie sind während der Familienverbindung alieno iuri subiecti, oder homines alieni iuris, und sui ihres paterfamilias, aber vermöge der Einheit ihres ius personae mit dem seinigen[91]) hat es mit diesem denselben Stoff zum Inhalte[92]), der demselben verbleibt, wenn durch den Hinwegfall des paterfamilias und die

---

88) Colunt discreti ac diversi etc. heißt es zwar bei Tacit. l. c. 16., aber auch vicos locant etc. Letzteres fand wohl, sofern sie nicht durch die Wohnungen Unfreier gebildet wurden, nur dann statt, wenn eine Familie sich wiederum in mehrere spaltete und diese in der Feldgemeinschaft blieben.

89) Daß bei der Feldgemeinschaft der Anspruch auf einen Antheil an derselben (Stufflandes) [illegible] nach bestimmten Grenzen, sondern nach der Quote, die jeder Wohnstätte zukam, beurtheilt wurde, so daß, wenn einer sich beschwerte zu wenig zu besitzen, die ganze Dorfsmark vermessen werden mußte, zeigt sich im Jüt. Lov. I. Cap. 49, 50. Jede Dorfsgemarkung hatte im Norden eine Eintheilung nach einer bestimmten Anzahl von Wohnstätten oder Hufen (Boole): Oluffsen, om Bools Indeling, in den histor. Abh. der Ges. der Wissensch. in Kopenhagen I. S. 265.

90) Daß der Ackerantheil mit zu dem vererblichen Vermögen gehörte, ergibt sich allerdings aus Varro, de R. R. I. 10.: Quae, quod heredem sequerentur, heredium adpellarunt. Allein daß er gerade auf die Nachkommen übergehen müsse, selbst dann, wenn ein anderer Erbe giltig eingesetzt, dafür gibt es kein Zeugniß und dagegen ist der Grundsatz: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Abweichend: Fischer a. a. O. S. 33 flg. Ueber die Verschiedenheit der Ausbildung des teutschen und des römischen Erbrechtes: Gans, Erbrecht in welthist. Entw. II. S. 241.

91) Vgl. darüber meine Identität u. s. w. S. 27—32.

92) Daher wird von ihnen gesagt, sie seien schon vivo patre quodammodo domini: §. 2. J. de hered. qual. et diff. (2. 19.) L. 11. D. de liberis et posth. (28. 2.)

damit gegebene Auflösung der Familie, ihr ins suum ihnen wiederum anheim fällt, weil diese Art der Aufhebung der Familienverbindung ihre einmal bestehenden Familienrechte nicht vernichtet. — Diese Art der Erbfolge ergreift ihrer Natur nach alle Vermögenstheile und nicht weniger die an der vermögensrechtlichen Persönlichkeit haftenden Verbindlichkeiten, sobald und insofern sie mit dem Tode ihres ursprünglichen Subjectes nicht untergehen. Daß die teutsche Erbfolge, wenigstens bei einigen, namentlich den nördlich wohnenden Völkern, ursprünglich sich nur auf den Familiensitz bezogen, das kann nach dem, was über den teutschen Begriff von Erbe bereits angeführt worden, wohl keinem gegründeten Zweifel unterliegen, wenn man hinzunimmt, daß dort in der ältesten Zeit die fahrende Habe, sofern sie nicht mit dem Verstorbenen begraben oder bei der Leichenbestellung von dessen Verwandten verzehrt ward, bei eben dieser Handlung von diesen, zuweilen nach dem Ausfalle eines Wettspieles, beliebig aufgetheilt, später auch von dem Clerus occupirt zu werden, oder in Ermangelung von Dispositionen des Verstorbenen, an andere als die Verwandten, z. B. den Staat, zu fallen pflegte[93]). — Es bedurfte also dort noch einer besonderen Vermittlung, damit sie auch anderes Gut, Fahrniß und Forderungen, ergreifen konnte. Dieß war auf directem Wege nur so möglich, daß sie als dem eigentlichen Erbe folgend angesehen worden, was namentlich in Ansehung des zur Bebauung und Bewohnung des Erbe dienenden oder auf demselben, in derselben Were, befindlichen beweglichen Gutes der Fall sein konnte und mußte[94]); bis auch diese Art von Gütern so bedeutend wurde, daß sie als besondere Vermögenstheile hervortraten; womit sich dann aber auch schon das Vermögen als Gegenstand der Erbfolge geltend machen und als das Erbe im objectiven Sinne erscheinen konnte[95]);

---

93) Fischer a. a. O. S. 55—60, 97, und das. Cit., und Urkundenbuch S. 3, 4.

94) Beispiele davon bei Vergabungen bei: Schannat, trad. fuld. I. nr. 579. Form. Marculfi I. 12. Meichelbeck, hist. fris. I. nr. 57 u. 775. nr. 106. c. a. 790. nr. 145. nr. 225. c. a. 800. nr. 432. a. 822. nr. 627. a. 843. und a. a. O., so wie auch aus späterer Zeit, bei Schannat, vind. litt. I. p. 60. (a. 1100.) Guden, cod. dipl. IV. p. 993. (a. 1306.) Vgl. Culm. R. IV. 13.

95) Dieß tritt namentlich bei den Vergabungen hervor. Nach dem Grundsatze: donner et retenir ne vaut, war eine traditio post mortem bei Mobilien unmöglich. Dennoch finden sich bereits seit dem 7. Jahrh. Beispiele derselben und zwar solche, welche auch auf den künftigen Erwerb und zwar generell gerichtet sind (Meichelbeck l. c. nr. 635. a. 845. nr. 47. a. 775. nr. 315. a. 816. Mon. Boica coll. nova I. p. 43. a. 801. Schannat, trad. fuld. I. nr. 191. a. 804.), und bei denen die speciell genannten Güter, bald ausschließlich, bald theilweise, Mobilien sind. Die Giltigkeit solcher Geschäfte läßt sich mit jenem Grundsatze überall nicht vereinigen, wenn man nicht ein Vermögen, ganz oder theilweise, als dessen Gegenstand sich dachte, und nur wenn man im nördlichen Teutschland die Vergabung von Mobilien ohne wirkliche Uebergabe als giltig betrachtete, wenn sie vor Gericht geschehen war (Schöffenurth. hinter Zobel's Sachsensp. I. 12. 3. I. 11. 13. Culm. R. IV. 34. Magdeb. R. 124 [Schott, Samml. I. 82]. Sächs. Weichbild 56.

schiedenheit, jenachdem sie dahin geht, das veräußerte Gut an sich zu ziehen, als ob der Erblasser bereits verstorben wäre[104]), oder nur dahin, den Vorkauf vor anderen auszuüben. Diese letztere Befugniß ergreift oft alle und jede Immobilien[105]), und auf sie ist der Erbe beim eigentlichen Erbe auch dann beschränkt, wenn die Veräußerung desselben von dessen Inhaber aus Noth geschieht[106]), also in einem Falle, wo die Veräußerung eine erlaubte, und nicht, wie es das sächs. Landr.[106a]) bei der ersteren Befugniß voraussetzt, wider Recht ist. — Es bleibt also für die erstere Befugniß nur der Fall übrig, wenn eigentliches Erbe, oder, wo alle Immobilien demselben gleichgeachtet werden, irgend ein Immobile, ohne echte Noth veräußert wird. Findet nun die letztere Befugniß auch bei Immobilien statt, zu denen der Erbe gar nicht geboren sein kann, wie wenn der dereinstige Erblasser sie erst nach seiner Geburt erwarb, ohne daß sie ihm als Sitz seiner den Erben befassenden Familie zugetheilt worden wäre (ein Fall, der sich bei einer Grundherrlichkeit unterworfenen Bauerngütern ja auch in der späteren Zeit noch immerhin ereignen konnte), aber in der Art, daß die erstere Befugniß auch bei Veräußerung ohne Noth mangelt[106b]); so rechtfertigt sich eine

---

104) Sächs. Landr. I. 51. §. 1.

105) Weder nach der L. Saxon. tit. 15. §. 2. tit. 17., sächs. Landr. I. Art. 52, §. 1, vgl. mit I. 34. §. 1, noch nach schwäb. Landr. C. 19, 22, I. 39 (Senck. 302, 312, 310), läßt sich eine Beschränkung auf Stammgut nachweisen. — Freilich lesen Handschr. des sächs. Landr. I. 34. §. 1. statt: in oder mit ervengelof, ane ervengelof, und man könnte daher geneigt sein, dieß auf Immobilien zu beziehen, welche nicht Stammgut sind. Allein die entsprechende Stelle im schwäb. Landr. C. 39 redet von Veräußerungen an die Erben. Bestritten war es nach älterem lüb. R., ob die Befugniß auf alle Immobilien gehe (dafür Hasse, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. IV. S. 97, 98, und dagegen Cropp, Heidelb. Jahrb. v. 1823 S. 118 flg.), und ob die Unterwindung des sächs. Landr. a. a. O., oder Retract stattfinde (Pauli, Recht der Erbg. §. 1, Zif. 4). Bisweilen wird diese Befugniß, der Retract, auch ausdrücklich in Ansehung aller Immobilien gestattet: Budjadinger Landr. Art. 18. Für die Ausdehnung auf alle Immobilien sind auch: Hasse, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. IV. S. 74. Paulsen, de antiqui popul. iuris hered. nexu etc. §. 30. (vgl. auch Jüt. Low I. C. 34). Sydow, Erbr. des Sachsensp. S. 183. Gegen die Ausdehnung auf erworbene Immobilien: Dreyer, de restr. facult. alien. bona hered. p. 27—33. vgl. p. 25., und insofern anderen als den Nachkommen diese Befugniß zustehen soll, auch Fischer, Erbfolgsgesch. der Seitenverw. S. 45. — Indeß herrschte unleugbar große Verschiedenheit. S. Gaupp, schles. Landr. S. 98 flg. — So z. B. stellt das österr. Landr. v. 1296 Art. 14 (Senckenberg, vis. Leg. Germ. p. 223.) erworbene Immobilien dann dem Erbgute gleich, wenn sie Jahr und Tag nach dem Erwerbe bezahlt (behalten: Hasse a. a. O. S. 98, Note 13) worden.

106) L. Saxon. tit. 17. Gosl. Stat. a. a. O. S. 26, Z. 41, 42. Lüb. R. I. tit. 10. a. 6., namentlich auch im Falle der Execution (Braunschw. Stat. IV. 14. bei Leibn. script. rer. Brunsv. III. 443., Freiburger St.-R. v. 1520 Bl. 35. 6). Insofern ist es denn auch nicht ohne Grund, wenn Sydow, a. a. O. S. 223, für diesen Fall auch nach sächs. Landr. die Unanfechtbarkeit der Veräußerung bezweifelt.

106a) I. 52. §. 1.

106b) Vgl. oben Note 105.

lnterscheidung zwischen solchen Gütern, bei denen auch die erstere, und)lchen, bei denen nur die letztere Befugniß den Erben zusteht, dadurch ewiß. Und wenn da, wo die erstere Befugniß auch bei nicht ererbten Immobilien angenommen werden muß, wie nach sächs. Landr., sich dieß araus erklärt, daß man in Beziehung auf Beerbung im Ganzen alles Gut als Zubehör des Stammgutes behandelt, so scheint auch die lnterscheidung zwischen Stammgut, zu dem der Erbe geboren, und wischen Erbgut, zu dem er nur in ein Verhältniß gesetzt ist, welches em des gebornen Erben ähnlich ist, auf jene Unterscheidung gegründet ›erden zu dürfen. Freilich betrachtet man jene erstere Befugniß heutstage gewöhnlich als untergegangen und durch den Retract vertren[107]).

Und da, wo man noch schlechthin eine Ungiltigkeit der Veräußerung lcher Güter, in denen eine künftige Succession zu erwarten steht, zubt, läßt sich der Grund dafür darin finden, daß die Anwärter in der hat schon einmal zur Succession gerufen waren, und ein ius successonis in der (romanistischen) Bedeutung eines durch den Erbschaftswerb bereits hervorgerufenen Rechtes erlangt haben, aber nur durch n einem anderen zustehendes mit der teutschrechtlichen Veräußerungsschränkung behaftetes Eigenthum einstweilen von der Herrschaft über s Gut ausgeschlossen sind, wie bei der Verfangenschaft[108]), dem ıllrechte[109]) und den Gütern, welche Stammgutseigenschaft haben, fern Miterben durch bloße Familiendispositionen zurückgesetzt sind[110]); i Bauerngütern auch aus dem Rechte des Grundherrn. Allein wenn ;ß auch den Widerspruch zwischen jener und dieser Annahme beseitigt, folgt daraus doch nicht, daß es, sofern hier vom Stammgute die :de, auch dieser besonderen Umstände, dieses ius successionis und die grundherrlichen Rechtes bedurft hätte, um die Nichtigkeit der Verßerung hervorzurufen; und es ist auch nicht ohne Beispiel, daß, auch sie fehlen, wenigstens wenn nicht vorher den Erben das veräußerte ıt angeboten ist, schlechthin Vernichtung der Veräußerung gestattet :h[110a]). — Ganz abgesehen davon aber ist jene Unterscheidung auch die Behandlung der Intestaterbfolge von Bedeutung, indem wir Stammgut bald von dem Erbe im weiteren Sinne, dem Nachlasse :rhaupt, ausgeschlossen, bald mit demselben verbunden finden; wähd das Erbgut nie von dem Erbe im weiteren Sinne gesondert ist, Intestatsuccession stattfindet[111]). So allgemein sich nun aber auch

107) Maurenbrecher a. a. O. Zif. 2.
108) Vgl. unten Note 146 flg.
109) Vgl. unten Note 210.
110) Vgl. unten Note 525 flg.
110a) Brem. Ritterr. (Pufend. obs. app. IV.) Tit. 13, §. 1.
111) Vgl. oben Note 97—99. Der Unterschied zeigt sich denn namentlich ı, daß in jenem Falle die Töchter in der Erbfolge in Ansehung des Erb- nicht zurückgesetzt sind, wie nach schwäb. Landr., im zweiten Falle aber Zurücksetzung in Ansehung des Stammgutes auch die in Ansehung des s nach sich zieht, welches nur als Erbgut erscheint, oder solches sein würde,

in den teutschen und verwandten Rechten die Beschränkung der Veräußerung von Immobilien durch die Rechte der Erben ausgesprochen findet[112]; so kann man dennoch die Behauptung, daß sie ursprünglich nicht bestanden, sondern erst durch Usurpation hervorgerufen sei[113], nur insofern für unbegründet halten, als sie das Stammgut nicht ausnimmt, bei dem jene Beschränkung in der Natur der Sache liegt[114]. Indeß gab es Ausnahmen von dieser Beschränkung, die auch das Stammgut betroffen zu haben scheinen. Es werden nämlich zuweilen

---

wenn es nicht als Zubehör des Stammgutes zu behandeln wäre, wie nach sächs. Landr. So gelangte man denn zu der Regel: daß Weiber in der Succession in Stammgut zwar zurückgesetzt sind, nicht aber in der Succession in Erbgut (Eichhorn a. a. O. §. 367), wiewohl man, wenn man ersteres allein als genügendes Merkmal des Stammgutes ansieht, auch ein Stammgut unterscheiden muß, welches frei veräußerlich ist (ebendas. Note a, b). — Dagegen aber, daß es Kennzeichen des Stammgutes sei, daß es überall nicht auf Weiber vererbe, wie z. B. H. a Cocceji, de renunc. etc. filiar. illustr. §. 4 sq., behauptet, indem er es als terra salica im Gegensatze der gemeinen Allodien bezeichnet, erklärt sich mit Recht: Reinhardt, vom Erbfolgsrechte der Töchter u. s. w. S. 103 flg. Vgl. auch Mittermaier a. a. O. §. 157, Note 4; jedoch auch Kamptz, Jahrb. Heft 92, S. 268.

112) Außer den oben Note 104—106, 110a, und unten Note 121 flg. angeführten Zeugnissen: L. Burg. tit. 1. c. 1. Kaiserr. II. 103. Dithmarscher Landr. Art. 27. Jus Susat. (Emminghaus, memorab. Susat. p. 182.). Justit. Lubec. (Westphal, mon. ined. III. p. 622.). Stader Stat. v. 1279 (Pufendorf, obs. I. 172.). Mindener Stadtr. II. Tit. 1, Art. 5. Rigaisches Stadtr. III. Tit. 4, Art. 4. Wiarda, Asegabuch S. 115. Willkür der Brokmänner S. 6, 7. Ueber Groningen und Flandern: Heinecc., elem. iur. Germ. II. tit. 7. §. 95. und de testamentifactione iure Germ. etc. §. 24.; über Schweden: Loccenius, in leges civ. R. Sueciae, in reg. iur. etc. tit. 3. p. 392. — Andere Zeugnisse, welche die Veräußerung von hereditas ganz (L. Angl. et Verin. tit. 13. und darüber Gaupp, das alte Ges. der Thüringer S. 400—403), oder theilweise (L. Baiuv. tit. 1. c. 1. vgl. tit. 14. c. 9. §. 8.), oder die von gud (alt. Bremer Stadtr. Art. 6 bei Delrich), schlechthin gestatten, können nicht von Stammgut oder Erbgut verstanden werden. Ferner darf aber auch nicht hierher gezogen werden: L. Rip. tit. 48., welche beim Vorhandensein von Kindern Dispositionen auf den Todesfall in Ansehung alles Vermögens untersagt (eben so das dän. Gesetzb. V. C. 4, §. 14, im Falle des Vorhandenseins von Intestaterben, über ½, und über die andere Hälfte ebenfalls, wenn sie Kinder sind und nicht zu Gunsten milder Stiftungen disponirt wird), nicht die Beschränkungen des schwäb. Landr. in Ansehung der Dispos. über Mobilien durch das Recht der Kinder auf Aussteuer (vgl. unten Note 292), und nicht der sogen. Pflichttheil im n. Lüb. R. I. 9. A. 2. II. 1. a. 8., vgl. Stein, Abh. aus dem Lüb. R. II. §. 148, 152, der nur eine Förmlichkeit für letztwillige Verfügungen erheischt.

113) Maier, teutsche Erbfolge I. S. 96. Beseler, Vergabungen §. 5, und gegen diesen: Pauli, Erbgüter §. 3.

114) Daß die Formeln zu Veräußerungen von Eigen der Einwilligung der Erben nicht gedenken (Maier a. a. O.), und die Gesetze zuweilen in Beziehung auf Veräußerungen, die sie gestatten, über die Rechte der Erben schweigen (Maurenbrecher a. a. O. §. 214, Note 3), beweist um so weniger, als man nicht sieht, daß von Stammgut die Rede; und gegen die Behauptung, daß die Einwilligung der Erben bloße Förmlichkeit gewesen (v. Zwierlein, II. Sendschreiben von den Rechten der Todttheilung u. s. w. S. 20), kann man auf Fischer, Erbfolgsgesch. S. 27 flg., verweisen.

Dispositionen zu Gunsten eines Ehegatten auf den Fall kinderloser Ehe, welche die Besitzerlangung der Intestaterben des vorverstorbenen bis zum Ableben des überlebenden Ehegatten hinausschieben, und bisweilen selbst beim Lehen in Ansehung des Nießbrauches [115]), ausdrücklich gestattet [116]); also solche, welche dem überlebenden dasjenige Recht erst ertheilen, was ihm bisweilen schon gesetzlich zusteht (s. unten III.). Ferner werden Dispositionen zu Gunsten der Kirche, die sogen. Seelengaben, bereits zur fränkischen Zeit der Anfechtung der Intestaterben, theilweise selbst der Nachkommen, entzogen [117]); und eben dieselbe Unanfechtbarkeit wird den Uebertragungen in die Hand des Königs oder Kaisers, um dadurch eine Veräußerung an Andere oder eine Enterbung zu bewirken, schon in den Gesetzen der fränkischen Zeit beigelegt [118]), wobei immerhin ursprünglich die Idee zum Grunde gelegen haben mag, daß der vom Staatsoberhaupte angewiesene Familiensitz in dessen Hände unbedingt zurückgegeben werden dürfe [119]). Diese beiden Modificationen müssen

115) Cout. de Liège ch. 11. art. 13.

116) L. Rip. tit. 49 (50). Bayer. Landr. v. 1344 C. 113. Gosl. Stat. a. a. O. S. 28, 29, Z. 42—2. (Die Praxis forderte aber Einwilligung der Erben: Göschen a. a. O. S. 265 flg., insbes. S. 266, Note 4, die auch erforderlich ist nach schwäb. Landr. C. 19, 21, Senckenb. 302, 308.) Zwar meint Fischer, a. a. O. S. 6 flg., daß solche Dispositionen die Intestaterben kinderloser Ehegatten gänzlich ausgeschlossen. Allein L. Baiuv. tit. 14. c. 9. §. 3. stellt die Frau den Fremden ganz gleich; L. Rip. tit. 48. kann nicht auf eigentliches Erbe bezogen werden und wird jedenfalls durch tit. 49. cit. modificirt; das Stadtrecht von Molckmühl (bei Fischer, Gesch. der teutsch. Erbf. II. S. 222) sagt dergleichen vom eigentlichen Erbe ebenfalls nicht, und andere dafür angezogene Stellen passen eben so wenig. Nur im alten Frankfurter Rechte finden sich Beispiele dafür, und das Kaiserr. II. 96., vgl. 51. a. E., erkennt es an.

117) In den Urkunden bei Meichelbeck, hist. fris. nr. 345. a. 816. nr. 331. a. 816., zeigt sich für den Fall, wo der Erblasser die Investitur nicht vorgenommen, ein jedoch beseitigtes Widerstreben der Erben, die Vergabung anzuerkennen; in dem Capit. Ludwig des Frommen v. J. 819 (Pertz III. 261.) werden sie indeß, eben so wie bei anderen Veräußerungen (die jedoch keineswegs als Vergabungen charakterisirt werden), selbst zur Vornahme der Investitur verpflichtet. Zu Gunsten der Kinder werden jedoch Ausnahmen gemacht (L. Longob. Rotharis c. 171. vgl. L. Long. Liutpr. VI. 19.), bisweilen jedoch nur in Ansehung eines Theiles (L. Longob. Liutpr. VI. 11. L. Baiuv. tit. 1. c. 2.). — Nur da, wo die Gesetze das eigentliche Erbe nicht als besonderen Theil von der hereditas aussondern, wird man jene Bestimmung auch auf dasselbe beziehen können. — Nach der Lex Alam. tit. 1. 2. soll freilich der Einwand: quod hereditas paterna sibi sit legitima ad possidendum, dagegen nicht wirksam sein, und auch nach der Lex Saxon. tit. 15. §. 2. unterliegt es Zweifeln, ob die Bestimmung auf das eigentliche Erbe geht (vgl. Gaupp, Recht und Verf. der alten Sachsen S. 202 flg.).

118) Eine Reihe von Urkunden, namentlich aus Gegenden des südlichen Teutschlands und des Rheins, hat Beseler a. a. O. I. S. 44 dafür angeführt.

119) Sie scheint vorzugsweise fränkischen Ursprunges zu sein (vgl. Cap. IV. a. 803. c. 7.) und findet sich auch im Kaiserr. II. c. 37 (wo Beseler a. a. O. I. S. 1[illegible] indeß eine dem römischen Rechte nachgebildete Zuwendung auf den Todesfall findet) vgl. mit II. c. 9. — In L. Saxon. tit. 15. §. 2.

aber bei den heutigen Verhältnissen als gänzlich antiquirt betrachtet werden[120]. Obgleich man nun zuweilen die Immobilien schlechthin als Erbgut behandelt hat, so ist man doch nicht überall so weit gegangen, sondern man hat, vorzugsweise in den Städten, zwischen ererbten und erworbenen Immobilien unterschieden, auf jene die Erbgutsqualität beschränkt, und das Erbgut insofern in die Grenzen des Stammguts zurückgewiesen[121]. Allein so wie man beim Stammgute es zuweilen vergaß, daß dasselbe nicht in Beziehung auf alle Erben eines gewissen Erblassers, sondern nur im Verhältnisse zu denjenigen, denen der Stammvater, von dem es herrührte, mit ihm gemeinsam war, diese Eigenschaft hatte[122]; so entstand auch bei diesem Erbgute oft die Inconsequenz, daß den Agnaten in Ansehung der erst von einem Agnaten erworbenen und einmal durch Versterben auf dessen Nachkommen in Erbgang gekommenen Immobilien dieselben Befugnisse zugestanden wurden, als ob sie von einem gemeinschaftlichen Stammvater herrührten[123], wobei bisweilen sich indeß die Ansicht zeigt, daß dieser Erbgang schon bei den Großeltern des Erblassers seinen Anfang genommen haben müsse[124]. Es fehlt dabei denn auch an Streitigkeiten darüber nicht, ob nur die von Blutsverwandten oder auch die von Ehegatten, und ob auch die von solchen Personen durch Erbvertrag oder Testament erworbenen Güter zum Erbgute gehören[125]; und zuweilen ging man so

---

ist sie wohl aus fränkischem Rechte hinübergetragen, und im Sät. Lov L. c. 37., wo eine Veräußerung vor dem Könige, aber ohne besondere Wirkung vor der gewöhnlichen gerichtlichen, gestattet wird, erklärt sich dieß daraus, daß bei ihm das höchste Gericht ist.

120) Wo sich noch Aehnliches findet, wie z. B. Bestätigung letztwilliger Verfügungen durch den Landesherrn, fällt dieß unter einen andern Gesichtspunkt, und Dispositionen zu milden Stiftungen wird man nie mehr als giltig anerkennen, wo der Pflichttheil dadurch verletzt wird, ohne daß ein Grund zur Ausschließung oder Enterbung vorhanden.

121) Sächs. Weichb. S. 20, 61, 65. Gosl. Stat. a. a. O. S. 26, Z. 35, 36, S. 29, Z. 5—7. Verm. Sachsensp. I. 38. d. 1. 40. d. 3. R. Lüb. R. B. I, Tit. 10, Art. 6, B. III, Tit. 7, Art. 2. Alt. Hamb. Stadtr. v. 1270 I. 8. N. Hamb. Stadtr. Th. III, Tit. 1, Art. 4 u. 7. Boehmer, consult. I. P. 2. cons. 45. nr. 33 sq. Stryk, U. M. P. Tit. de hered. inst. §. 5. und de succ. ab intest. Diss. VII. c. 1. §. 10 sq. Knipschild, de fideic. fam. c. 9. nr. 6. Höping, de iure insign. c. 21. nr. 223. Ludovici, D. de diverso iure bonor. acquis. et hered. Pauli, Recht der Erbgüter nach alt. Lüb. R. §. 24.

122) Erst in späterer Zeit hob man die vernachlässigte Unterscheidung zwischen Gesammtstammgut und Linealstammgut wieder hervor: Posse, Prüfung u. s. w. S. 41 flg.

123) Bouteiller, somme rurale L. 2. ch. 7.: Par coustume locale l'homme ne peut vendre son patrimoine et héritage, de par pere et de par mere luy est echeu, sinon par le gré et consentement de son hoir, ou par pauvreté, au cas que verite seroit. — Vgl. auch Dreyer l. c. p. 28 sq. p. 33. Fischer a. a. O. I. S. 99.

124) Const. elect. Sax. 12. P. II. in C. Aug. I. p. 87. Project der Bremer reform. Stat. v. 1606 Stat. 160 (Berck, [illegible] Güterrechte der Ehegatten Nr. 217).

125) In Ansehung der Ehegatten wird dieß natürlich verneint, wenn man

weit, auch die von solchen Personen ererbten Mobilien und Forderungen zum Erbgute zu zählen[126]. In Ansehung dieser letzteren war denn eine Anfechtung der Veräußerungen unanwendbar[127], in Ansehung der Immobilien kam sie zuweilen außer Gebrauch[128] oder wurde überhaupt aufgehoben[129]; und so gestaltete sich hier das Erbgut als ein bloßer Anspruch des Intestaterben auf einen Werth des Nachlasses, der insofern die Natur eines Pflichttheiles hat, daß er ihm durch letztwillige Dispositionen nicht entzogen werden kann[130]. Dieser Modification der Regel, daß die Qualität von Stammgut sowohl als von Erbgut nur auf Immobilien haftet, tritt noch eine andere, wiewohl nur uneigentliche, Modification hinzu, die darin besteht, daß auf Kündigung ausstehende Capitalien, welche dann in Grundstücken radicirt zu sein pflegen, eben so wie eiserne Capitalien und Grundrenten, zuweilen den Immobilien gleichgestellt werden[131]. Namentlich kommt dieß bei Haus- oder Familienverträgen vor, die beim niederen Adel die Gestalt fideicommissarischer Dispositionen anzunehmen pflegen, und durch welche solche Capitalien zuweilen ganz in das Verhältniß von Stammgütern gebracht werden[132]. Auch findet es sich, daß ein Erbe in Ansehung eines Ver-

---

en Anfall nicht als Beerbung ansieht (vgl. Klefecker, Hamb. Verf. Th. IV, Abth. III, §. 14); sonst ist es zu bejahen (Gosl. Stat. a. a. O. S. 29, Z. 5—7. Pauli a. a. O. Note 34, 44, und S. 81, 82. Göschen a. a. O. S. 176, Note 8). Die Vertheidiger der verschiedenen Meinungen bei Pauli a. a. O. §. 1, Z. 3. In Lübeck wird nach dem neuesten Rechte indeß das als statutar. Portion Erworbene nicht als Erbgut betrachtet (Pauli a. a. O. S. 25). In Beziehung auf das durch letztwillige Verfügungen von Verwandten Erworbene sind die Mehrsten dafür, daß es nach Lüb. R. zum Erbgute gehöre, wenn es titulo universali hinterlassen sei, Wenige dafür, daß auch das titulo sing. Angefallene dazu gehöre (Pauli a. a. O. §. 1, Zif. 3). — Das richtige Criterium möchte indeß sein: ob es ohnehin ab intestato angefallen wäre.

126) Lüb. R. I. Tit. 10, Art. 6. Hamb. Stat. III. Tit. 1, Art. 4, 7. Klefecker a. a. O. §. 9. Pauli a. a. O. §. 24 und das. Cit. Vgl. auch unten Note 143. — Nach ält. Lüb. R. war es streitig: Pauli a. a. O. §. 1, Zif. 2, ist auch z. B. nach Lüneb. Stat. 4. 1. nicht der Fall.

127) Doch waren in Ansehung des Lüb. R. nicht immer Alle dieser Meinung: S. Klefecker a. a. O. §. 10 und das. Cit.

128) Pauli a. a. O. §. 24.

129) Z. B. in Hamburg: die Aufhebung der Impugnationen der Veräußerungen.

130) Vgl. Hamb. Stat. III. Tit. 1, Art. 6. Klefecker a. a. O. §. 16, 86.

131) So kurcölln. Rechtsordn. S. 95 bei Maurenbrecher, rheinpreuß. Landr. I. S. 421, und über Renten: Mittermaier a. a. O. §. 283, Note 11, 29—31. Bisweilen wird in Beziehung auf Erbverhältnisse auch Geld und Gut, was zum Kaufhandel bestimmt ist, zu den Immobilien gezählt. Frankf. Reform. v. 1509 Fol. 22. Orth, Anm. zur Frankf. Reform. p. 864.

132) So im preuß. Landr. II. 4. §. 47, 48, 51, 59. Bornemann, System. Darstellung des preuß. Landr. IV. S. 550. Außerdem sind auch hier die Immobilien Gegenstand von Fideicommissen, die man gemeinrechtlich als deren alleinigen Gegenstand zu betrachten pflegt: Steinacker, de iure fideicomm. fam. sec. leg. Saxon. Lips. 1834. — Auch beim Geldlehen kommt das Capital in die Lage eines Immobile.

mögens schon bei Lebzeiten des Erblassers ein erwarbenes R[illegible]langt, nämlich bei den Vergabungen oder Erbverträgen, welche dem [illegible]chten sofort mit der Disposition ein gleiches Recht ertheilen, wie es der Intestaterbe am eigentlichen Erbe durch die Geburt erwirbt[133]), was anfangs zwar nur auf Immobilien, später aber auch, und zwar mit denselben Erfordernissen der Errichtung, auf ein ganzes Vermögen und auf Fahrniß als Theile eines solchen angewendet worden[134]). Gleiche Stellung wie der geborene Intestaterbe zum eigentlichen Erbe, hat auch die Ehefrau bei der wahren Gütergemeinschaft durch die Eingehung der Ehe an dem ehelichen Vermögen, weßhalb sie auch im teutschen Sinne mit vollem Rechte als Erbin ihres Ehemannes bezeichnet wird[135]). Jedoch folgt es aus der Natur der Sache, daß wer zu einem Vermögen in dem Verhältnisse eines geborenen Intestaterben steht, in Ansehung der Veräußerung einzelner Güter aus denselben nicht die Befugnisse haben kann, welche ein solcher in Ansehung der Veräußerung der Stammgüter hat, weil er nicht, wie dieser, Erbe der einzelnen Güter als solcher ist[136]). Der römische Grundsatz: hereditas viventis non datur[137]) ist daher auf die teutsche Erbfolge in Fahrniß und Forderungen als besondere Güter und auf die damit verbundene Schuldenhaftung allerdings anwendbar; und ebenfalls denn auch auf die Erbfolge in ein Vermögen, selbst dann, wenn diese an die Stelle der teutschen Erbfolge in Immobilien, mit Untergang des Retractes, wiewohl zuweilen unter Beibehaltung des Grundsatzes: der Todte setzt den Lebenden in die Gewere[137a]), vermöge römischer Ansichten getreten ist. — Geborene Intestaterben in Ansehung einzelner Güter gibt es, wo Hausverträge, teutsche Familienfideicommisse oder lehnrechtliche und hofrechtliche Normen dem Eindringen des römischen Rechtes gewehrt haben, nämlich bei den Stamm- und Fideicommißgütern des Adels und bei der Grundherrlichkeit unterworfenen Bauerngütern auch jetzt noch, indem sich hier von dem Vermögen des jedesmaligen Inhabers eines solchen Gutes dieses in der Art aussondert, daß es vermöge des den Intestaterben bei seinem Leben schon zustehenden Rechtes seiner freien Disposition in Beziehung auf Veräußerung entzogen ist[138]). Man hat diese Erbfolge

---

133) S. Mittermaier a. a. O. §. 454, Note 9, 13 flg.

134) Vgl. oben Note 95.

135) Vgl. in diesem Werke den Art. Güterrechte der Ehegatten. Was der Ehegatte aus der Gütergemeinschaft erhält, ist in Lübeck Erbgut: Pauli, Erbg. §. 27.

136) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 454, Note 10—12, 17 flg.

137) Nämlich in dem Sinne, daß der Erbe bei Lebzeiten des Erblassers noch überall kein gegenwärtiges Recht (ius quaesitum) hat.

137a) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 466 und das. Cit., auch oben Note 101.

138) Die Behauptung, daß der Successor in ein Familienfideicommiß (worunter hier nur ein solches verstanden werden kann, welches der Erblasser in Ansehung des von ihm verlassenen Gutes für seine Intestaterben errichtet, weil es sonst außer den Grenzen der Intestatsuccession liegt) sein Recht nicht vom ersten Erwerber (oder besser Stifter) ableite (Beseler, Erbvertr. II.

ſt als eine successio ex pacto et providentia maiorum bezeichnet[139]). Allein da man den Grund dieser Benennung doch nicht darin setzen will, daß Vorfahren den Stoff zu dieser Succession geliefert haben: so paßt sie hier nur insofern, als die Fürsorge des Stifters eines Familienfideicommisses dem Gute erst die Unveräußerlichkeit beigelegt und es dadurch in die Lage von Stammgut gebracht hat, oder ein gemeinschaftlicher Stammvater diejenigen, welche bereits nach ihm gesetzlich zur Succession gelangt, aber durch seine Disposition von der Herrschaft über das Gut einstweilen zu Gunsten von Miterben ausgeschlossen worden, zu derselben durch eine besondere Successionsordnung wiederum berufen hat[140]). — Nur Männer oder Väter sind indeß Stammsubjecte oder Familien- oder Geschlechtshäupter, nie Weiber oder Mütter. Daher kann auch zu dem Gute eines Weibes Niemand von ihm selbst geboren werden, und als Weiber zum Eigenthum an Grund und Boden gelangten (unten III.), konnten sie auch aus dem Grunde, daß dieses Gut die Eigenschaft eines Familiensitzes habe, von Seiten ihrer Kinder und deren Abkömmlinge in der Disposition über dasselbe eben so wenig beschränkt sein, als sie es in Ansehung ihres sonstigen Gutes waren[141]). Da indeß die durch die Idee des Zugehörigseins zu einem Familiensitze zwar hervorgerufenen Erbfolgenormen auch auf andere Güter zur Anwendung kamen, bei denen jene Idee sich nicht realisirt fand, so konnte hier der von ihr abhängende Unterschied zwischen dem

---

Abth. 2, S. 62. Mittermaier a. a. O. §. 449, Note 2), und die ähnliche in Ansehung der Bauerngüter aufgestellte Behauptung (Mittermaier a. a. O. §. 497, Note 5, 6, 7, 17, 18), kann man nur insofern als richtig anerkennen, als dadurch bestritten werden soll, daß der Anerbe schon, ehe er nach der gesetzlichen Ordnung zur Ausübung seines Rechtes berufen sei, sein Recht auf seine Nachkommen transmittire (vgl. unten Note 528, 529), und daß bei allen Bauerngütern jenes Verhältniß stattfinde. — Auch zu einem Bauergute kann ein Erbe geboren werden (sächs. Landr. II. 59. §. 1).

139) Müller, de providentia maior. Jen. 1693. Jenichen, in thes. iur. feud. III. p. 403. (Vgl. auch unten Note 462.) Struben, rechtl. Bed. IV. Bed. 146. Runde, teutsch. Privatr. §. 695. Eichhorn, Einl. §. 367, vgl. mit Beseler a. a. O. II. S. 63. Struben, de iure villic. III. §. 31. Pfeiffer, pract. Erört. IV. S. 128. Spangenberg, pract. Erört. I. S. 292. Runde, von der Interimswirthschaft S. 153.

140) Vgl. unten nach Note 240 und Note 525. Werden übrigens dergleichen Hausverträge in der Art geschlossen, daß der Vertrag ein neues Erbrecht begründet, wie wenn mehrere Erben untereinander einen Vertrag über die Erbfolge schließen, so gehören sie den Erbverträgen an.

141) Die Beschränkung müßte also hier von einer anderen Seite kommen. Zunächst entsprang sie aus dem Rechte ihrer eigenen Verwandten auf den eventuellen dereinstigen Wiederanfall; wo dieses durch Gütergemeinschaft aufgehoben war, aus dem Rechte des Ehemannes (da, wo dem Manne nur mundium zusteht, beschränkt er die Frau ebenfalls, aber die Beschränkung durch deren Verwandten fällt nicht hinweg: Schwäb. Landr. 34. 9. vgl. 76. bei Senck. 277 §. 2, 263 §. 3, 4, 313 §. 1); wo jenes durch das Dasein von Kindern (vgl. Jüt. Lov I. 35. und Paulsen, im staatsb. Mag. II. S. 342), diese Verhältnisse durch die Auflösung der Ehe ausgeschlossen waren, da bedurfte es eines besonderen Grundes, um sie in ihren Dispositionen zu beschränken.

väterlichen und mütterlichen Gute verschwinden, was der Natur der Sache nach bei der Gütergemeinschaft eintreten mußte. Und bei dem ehelichen Güterverhältnisse, welches man als die gesammte Hand bezeichnet, bei dem während der Ehe beide Ehegatten in Ansehung aller Güter condomini sind[142]), mußte die Mutter in Beziehung auf das Vermögen schon während der Ehe als ein Familienhaupt neben dem Vater erscheinen. Beschränkungen in der Dispositionsbefugniß während der Ehe durch die Kinder ist sie jedoch selten unterworfen[143]), und bei der gesammten Hand gilt, zuweilen indeß mit geringen Modificationen, dasselbe vom Vater[144]). Allein abgesehen von diesem Verhältnisse, bei dem schon eine theilweise Veräußerung des väterlichen Erbe durch Eingehung der Ehe vor der Geburt der Kinder stattgefunden hat, kann dann, wenn bei dem Tode des Vaters nicht an dessen Stelle unmittelbar ein Vormund der Kinder, sondern vielmehr die Frau und Mutter in die von ihm verlassenen väterlichen Verhältnisse eintritt[145]), dieser Eintritt auch ihr Gut ergreifen, so daß ihre Kinder in Ansehung desselben dieselben Rechte haben, welche ihnen bei Lebzeiten ihres Vaters schon an dessen Gute zustanden. Es ist aber auch ferner eine dem teutschen Rechte nicht selten geläufige Ansicht, daß das in derselben Ehe vereint gewordene Gut einen Complex bildet, der in einer besondern erbrechtlichen Beziehung zu den Kindern dieser Ehe steht[145a]), in den sie bei Auflösung der Ehe sofort zur Succession gerufen sind, insofern nicht die Rechte, welche dem Ueberlebenden als Familienhaupt zustehen,

---

142) Vgl. in diesem Werke den Art. Güterrechte der Ehegatten. — Kennzeichen dieses Verhältnisses ist, daß neben sogen. Gemeinschaft gegenseitige Beerbung der Ehegatten vorkommt (Stadtpriv. v. Freiburg [im Breisgau] S. 31. Stadtrodel Art. 25, 26. Bescheid des Stadtrathes zu Hildesheim v. 1599 [bei G. L. Böhmer, electa iur. civ. III. p. 11.]), wiewohl bei unbeerbter Ehe das Fallrecht (vgl. unten Note 216, 336) eintreten kann (vgl. Euler a. a. O. S. 51 flg.); was freilich mit dem Wesen der gesammten Hand nur dann im Einklange steht, wenn sie von dem Beerbtsein der Ehe abhängt.

143) Jedoch zuweilen (vgl. établiss. de Louis IX. l. 1. ch. 64. Ordonn. des Rois de France I. p. 156. Lauriere in den Anmerk.); aber nicht gerade blos in Ansehung des Ererbten (vgl. Jüt. Lov I. c. 39. über Seelengaben, wo jedoch Einwilligung des Mannes die Gabe giltig macht), sondern auch in Ansehung anderen Gutes, welches den Kindern verbleiben soll, z. B. Kleinodien (Augsb. Stat. v. 1273 bei Walch, verm. Beitr. IV. S. 257), oder insbesondre zu Gunsten des Mannes (Frankf. Reform. v. 1509 Fol. 19. Orth a. a. O. S. 362. R. Lüb. R. I. Tit. 6, §. 1). Auch den Mann beschränken sonst die Kinder in Ansehung von Dispositionen über das Gut der Frau nicht, nach schwäb. Landr. 9.

144) Freib. Stadtpriv. S. 33. Stadtrodel Art. 27. Bamberger Stadtr. herausg. von Zöpfl §. 313, 284, 358, vgl. mit 361, jedoch auch 368, und Zöpfl a. a. O. S. 186, Note 5; so wie andere Statute bei Euler a. a. O. S. 14, und über das alte Frankf. R. ebendas. S. 37, 38. Kaiserr. II. 96.: .. was gesamment hant thut daz sal stede sin.

145) Von der römischen patria potestas ist dabei natürlich nicht die Rede. Vgl. über das Verhältniß unten Note 587 flg.

145a) Vgl. unten Note 350—353.

sie in der Ausübung des dadurch erworbenen Rechtes beschränken. — Diese Ansicht, daß den Kindern sofort bei Auflösung der Ehe schon ein ius successionis (in der romanistischen Bedeutung[145b])) erworben sei, scheint vorzüglich bei der gesammten Hand der natürlichste Grund zu sein, daß der überlebende Ehegatte auch seinen eigenen Antheil an dem in der Ehe vereinigten Gute im Falle des Vorhandenseins von Kindern nicht giltig veräußern kann. Dieses, aber nicht ausschließlich, bei der gesammten Hand sich findende, auch jetzt particularrechtlich zuweilen noch bestehende Verhältniß nennt man die Verfangenschaft[146]). Es ergreift im Sinne dieses Wortes auch das Gut der Mutter[147]), so wie es denn auch, wo es, was sich zuweilen findet[147a]), während der Ehe besteht, bei wahrer innerer Gütergemeinschaft dasselbe ebenfalls ergreifen muß[148]); und zuweilen ist es nicht auf das unbewegliche Gut beschränkt geblieben[149]), sondern auf alles und jedes Gut ausgedehnt worden[150]). Gewöhnlich schreibt man hier den Eltern nur einen Nießbrauch zu[151]); allein da jene Beschränkung dem teutschen Eigenthume überall nicht fremd ist[152]), und die Kinder nach dem Tode beider Eltern als Erben

145b) Vgl. oben nach Note 107 und unten Note 153. Eine successio anticipata findet hier auch mit Anb. Runde, Zeitschr. für teutsch. R. VII. S. 34.

146) Fischer, Gesch. der teutsch. Erbf. I. S. 233 flg. Dewies, Lichtstrahlen in das Verfangenschaftsrecht, der, S. 75, es als gemeines teutsches Recht betrachtet, wogegen aber bereits Phillips, Privatr. II. S. 136 flg. — Mittermaier a. a. O. §. 436, Note 44, 45, §. 438, Nr. III.

147) Mittermaier a. a. O. §. 438, Note 17.

147a) Lüb. R. v. 1270 bei Westphal l. c. III. p. 640.

148) D. h. bei derjenigen, wo das Gut nur eine Masse bildet, die Ehegatten nicht condomini sind, sondern der Ehemann nach außen hin alleiniges Subject des Vermögens und die Frau nur seine Genossin ist (vgl. in diesem Werke den Art. Güterrecht der Ehegatten Bd. IV, S. 922), wo dann nicht von einer gegenseitigen, wohl aber von einer Erbfolge der Frau nach dem Tode des Mannes die Rede sein kann.

149) Auf Immobilien beschränkt nach Freib. Stadtpriv. S. 33. Stadtrobel Art. 28. Vgl. das die Verfangenschaft aufhebende neue Stadtr. v. 1520 S. 56 b. Ueber das alte Frankf. R. Euler a. a. O. S. 40 flg. Namentlich in Württemberg herrschte unendliche Verschiedenheit: Fischer a. a. O. S. 247 flg.

150) Bamb. Stadtr. §. 242, 252, 246, 247, 251, 253, 341, 339, 347, 348 (vgl. Zöpfl a. a. O. §. 48), 305.

151) Fischer a. a. O. S. 250 flg. Mittermaier a. a. O. §. 438, Note 21. In Beziehung auf das Bamberger Recht: Zöpfl a. a. O. S. 191, und dagegen Euler a. a. O. S. 31. — Die Ursache ist wohl die, daß man mit dem Rechte der Kinder ein Eigenthum des parens nicht vereinbar hielt, dessen Recht unter den römischen Gesichtspunkt stellte, und durch einen Nießbrauch desselben ein ganz ähnliches Verhältniß entsteht.

152) Denn regelmäßig sind sie, wenigstens so lange sie nicht zur anderen Ehe schreiten, und dadurch zuweilen einige Modificationen entstehen (Bamb. Stadtr. 245, 248, 249, 254, und über altes Frankf. R.: Euler a. a. O. S. 47 flg.), nicht beschränkter als jeder Eigenthümer von eigentlichem Erbe, so daß sie im Falle der Noth veräußern können (Bamb. Stadtr. 246, 247, 251, 252, 253, 341. Euler a. a. O. S. 42 flg. Fischer a. a. O. S. 261 flg.). Sie haben Besitz und Nutzen (Bamb. Stadtr. §. 249), was im teutschen Rechte gerade die Ausübung des Eigenthums bezeichnet.

die Disposition über das Gut erlangen[153]), so kann es nur da unter diesen Begriff gestellt werden, wo die Natur des Verhältnisses darauf führt; in welchem Falle aber der Name der Verfangenschaft wenigstens nicht paßt, sondern ein bloßer Beisitz[154]) des überlebenden Parens stattfindet[155]). — Bei der gesammten Hand scheint die Natur des Verhältnisses nicht dafür zu reden; wohl aber wenn sonst bei dem überlebenden Vater in Ansehung des mütterlichen Gutes jene Beschränkung sich findet[156]). Denn ein Eintreten des Vaters in das mütterliche Verhältniß ist, wo keine gesammte Hand besteht und die Mutter nicht neben ihm als Familienhaupt erscheint, unmöglich, weil dasjenige, was dieses umfaßt, schon in seinem väterlichen Verhältnisse enthalten ist. Er kann also in solchem Falle nur in reine Vermögensrechte seiner Frau vermöge eines nur den Fruchtgenuß umfassenden Erbrechtes (portio statutaria) eingetreten sein, während die Proprietät auf seine Kinder vererbt ist. Dasselbe kann indeß auch bei der Mutter in Ansehung des vom Vater verlassenen Gutes stattfinden; was im Zweifel dann anzunehmen ist, wenn nämlich, wo keine gesammte Hand besteht, ihr Recht nicht durch die Eingehung einer anderen Ehe erlischt[157]). Beim Vater kann aber auch jenes Recht in Ansehung des mütterlichen Gutes der mit der römischen väterlichen Gewalt verbundene Nießbrauch sein. Wo

---

153) Berner Handv. Art. 42. — Mit dem Tode des ersten parens erlangen die Kinder die Wart, mit dem Tode des zweiten tritt der Fall ein (Bamb. Stadtr. §. 358, 309, 310, 296. S. auch Euler a. a. O. S. 46), und daraus erklärt es sich ohne Widerspruch, daß die Kinder aus nachfolgenden Ehen von dem Gute ausgeschlossen sind (Freib. Stadtrodel Art. 31 vgl. mit Berner Handv. Art. 48. Euler a. a. O. S. 16. Bamb. Stadtr. §. 359, 360. Kaiserr. II. c. 53). Denn beim Tode des ersten ist daz Kint geerbet mid dem Gude: Kaiserr. II. c. 97. Vgl. auch Dewies a. a. O. S. 205.

154) Wo sich der Beisitz findet, ist wohl ursprünglich Nutz und Gewer gewesen, wie in Frankfurt (vgl. Euler a. a. O. S. 40 flg.), und nur der Widerstreit mit dem römischen Eigenthum hat es veranlaßt, daraus einen Nießbrauch zu bilden.

155) Dann ist das Gut des vorverstorbenen parens, woran der Beisitz stattfindet, devolvirt (an die Kinder), das Gut des überlebenden, welches seiner freien Disposition entzogen ist, vinculirt. Ob diese von dem belgischen Juristen Stockmanns (tract. de iure devolut. Francof. 1648. und sonst) aufgebrachte Unterscheidung in einem bestimmten Lande anwendbar ist, kann zwar sehr zweifelhaft sein, wie es auch bei dem Jülich-Berg'schen Rechte der Fall ist, wo aber auch das (von dem jene Unterscheidung verwerfenden Dewies a. a. O. Cap. 2, S. 32—54, behauptete) Institut der Gemeinschaft der Immobilien nicht weniger bestritten und zweifelhaft ist. S. darüber Euler a. a. O. S. 21 flg. — Dem Wesen der gesammten Hand widerspricht aber diese Unterscheidung allerdings.

156) Daß bei der Verfangenschaft das Verhältniß des Vaters auf einem anderen Grunde beruhe, als das der Mutter, hat bereits Fischer, a. a. O. I. S. 233, bemerkt; aber wo gesammte Hand besteht, ist dieß nicht begründet.

157) Denn erlischt es in diesem Falle, so erscheint es als bloßes Witthum. Beispiel des lebenslänglichen Nießbrauches, und zwar zu ¼ kraft ehelichen Rechtes, zu ¾ kraft Elternrechtes im bad. Landr. §. 745a. — Bei den lucra nuptialia entsteht ein gleiches Verhältniß. Vgl. oben Note 11a.

man das Institut der Verfangenschaft als früher[158]) oder als jetzt noch, die namentlich in Berg und Jülich[159]), bestehend ansieht, da mag dessen Grundlage zuweilen ein bloßer Nießbrauch des Ueberlebenden und die Erbgutsqualität seines eigenen Gutes sein[160]), welche (wo keine gesammte Hand besteht) dem väterlichen Gute auch während der Ehe verblieben, dem mütterlichen Gute aber durch das Eintreten in die Stelle des Vaters als Familienhaupt bei Auflösung der Ehe zu Theil geworden sein kann[161]).

III. Intestaterbfolgerecht ist die, von Dispositionen eines Erblassers unabhängige, Berechtigung, in von ihm verlassene Vermögensverhältnisse einzutreten; oder das in gleicher Art unabhängige Recht, zu der ihm bisher zugestandenen Ausübung von Vermögensrechten zu gelangen. Im ersten Falle ist es, das ius succedendi, ein Statusverhältniß, eine Befugniß zu erwerben, welche bereits eine Beziehung auf ein bestimmtes Object erlangt hat[162]); im zweiten Falle ist es ein ius successionis in Beziehung auf dessen Object, ein bereits erworbenes Vermögensrecht, dessen Ausübung noch durch das Recht eines Anderen, in Beziehung auf den es ius succedendi ist, gehindert wird. Es setzt, wie jedes andere Recht, Rechtsfähigkeit der Person überhaupt voraus, bei sogen. physischen Personen also das Geborensein. Teutsche Gesetze fordern aber auch, daß der Geborene die vier Wände und die Decke der Wohnung gesehen oder beschrieen habe[163]), was aber, und eben so wohl auch das in nordischen Rechten vorkommende Erforderniß der Taufe[164]) auf den Fall beschränkt werden muß, wo er so bald nach

158) In einer großen Ausdehnung nimmt seine Giltigkeit Fischer, a. a. O. S. 240, unter Anführung einer großen Zahl von Statuten, an. Vorzugsweise will man es da finden, wo salisches und ripuarisches Recht gegolten. — Es kam auch in Ländern vor, wo jetzt der Code Napoléon gilt, wie im Elsaß und Baden. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 436, Nr. IV. — Viele Nachweisungen, namentlich in Beziehung auf die gesammte Hand, bei Euler a. a. O. S. 68 flg.

159) Auch in Geldern, Brabant und Flandern. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 436, Note 44, und das. Cit.

160) Daß das Verhältniß in Ansehung der Mutter aus dem Witthum entsprungen, nimmt Fischer, a. a. O. S. 236, an, und in den cout. de Namur a. 25. wird auch in der That ihr Nießbrauch an den Gütern des verstorbenen Mannes douaire genannt. Dieß Witthum pflegt dann aber lebenslänglich zu sein. Vgl. die Zeugnisse bei Fischer a. a. O. II. (Urkundenb.) S. 103 flg.

161) Daß blos in Ansehung des Erbgutes, welches die Mutter besitzt, und zwar erst von der Zeit ihres Wittwenstandes an, und zu Gunsten ihrer Kinder, ihr die Veräußerung, außer dem Falle der Noth, untersagt ist, findet sich auch in den französischen coutumes: Grand coutum. de France l. 2. ch. 27. Ragueau, glossaire du droit François T. II. p. 206.

162) Vgl. meine Identität u. s. w. S. 13, 426, Note 59.

163) Sächs. Lehnr. C. 20 vgl. mit établiss. de S. Louis. I. 11. Gosl. Stat. a. a. O. 3. 13, S. 5—7. Magdeb. Schöffenurth. bei Haltaus p. 1025.; andere Zeugnisse bei Grimm a. a. O. S. 74, und selbst noch das Eisenacher Stat. v. 1670 Th. 1, Tit. 4, Art. 7, und Lüneb. Stadtr. II. 1. 2. fordern dieß.

164) Vgl. Jüt. Lov I. C. 1 vgl. mit C. 2.

in den teutschen und verwandten Rechten die Beschränkung der Veräußerung von Immobilien durch die Rechte der Erben ausgesprochen findet[112]); so kann man dennoch die Behauptung, daß sie ursprünglich nicht bestanden, sondern erst durch Usurpation hervorgerufen sei[113]), nur insofern für unbegründet halten, als sie das Stammgut nicht ausnimmt, bei dem jene Beschränkung in der Natur der Sache liegt[114]). Indeß gab es Ausnahmen von dieser Beschränkung, die auch das Stammgut betroffen zu haben scheinen. Es werden nämlich zuweilen

---

wenn es nicht als Zubehör des Stammgutes zu behandeln wäre, wie nach sächs. Landr. So gelangte man denn zu der Regel: daß Weiber in der Succession in Stammgut zwar zurückgesetzt sind, nicht aber in der Succession in Erbgut (Eichhorn a. a. O. §. 367), wiewohl man, wenn man ersteres allein als genügendes Merkmal des Stammgutes ansieht, auch ein Stammgut unterscheiden muß, welches frei veräußerlich ist (ebendas. Note a, b). — Dagegen aber, daß es Kennzeichen des Stammgutes sei, daß es überall nicht auf Weiber vererbe, wie z. B. H. a Cocceji, de renunc. etc. filiar. illustr. §. 4 sq., behauptet, indem er es als terra salica im Gegensatze der gemeinen Allodien bezeichnet, erklärt sich mit Recht: Reinhardt, vom Erbfolgsrechte der Töchter u. s. w. S. 103 flg. Vgl. auch Mittermaier a. a. O. §. 157, Note 4; jedoch auch Kamptz, Jahrb. Heft 92, S. 268.

112) Außer den oben Note 104—106, 110a, und unten Note 121 flg. angeführten Zeugnissen: L. Burg. tit. 1. c. 1. Kaiserr. II. 103. Dithmarscher Landr. Art. 27. Jus Susat. (Emminghaus, memorab. Susat. p. 182.). Justit. Lubec. (Westphal, mon. ined. III. p. 622.). Stader Stat. v. 1279 (Pufendorf, obs. I. 172.). Mindener Stadtr. II. Tit. 1, Art. 5. Rigaisches Stadtr. III. Tit. 4, Art. 4. Wiarda, Asegabuch S. 115. Willkür der Brokmänner S. 6, 7. Ueber Groningen und Flandern: Heinecc., elem. iur. Germ. II. tit. 7. §. 95. und de testamentifactione iure Germ. etc. §. 24.; über Schweden: Loccenius, in leges civ. R. Sueciae, in reg. iur. etc. tit. 3. p. 392. — Andere Zeugnisse, welche die Veräußerung von hereditas ganz (L. Angl. et Verin. tit. 13. und darüber Gaupp, das alte Ges. der Thüringer S. 400—403), oder theilweise (L. Baiuv. tit. 1. c. 1. vgl. tit. 14. c. 9. §. 3.), oder die von gud (alt. Bremer Stadtr. Art. 6 bei Oelrich), schlechthin gestatten, können nicht von Stammgut oder Erbgut verstanden werden. Ferner darf aber auch nicht hierher gezogen werden: L. Rip. tit. 48., welche beim Vorhandensein von Kindern Dispositionen auf den Todesfall in Ansehung alles Vermögens untersagt (eben so das dän. Gesetzb. V. C. 4, §. 14, im Falle des Vorhandenseins von Intestaterben, über ½, und über die andere Hälfte ebenfalls, wenn sie Kinder sind und nicht zu Gunsten milder Stiftungen disponirt wird), nicht die Beschränkungen des schwäb. Landr. in Ansehung der Dispos. über Mobilien durch das Recht der Kinder auf Aussteuer (vgl. unten Note 292), und nicht der sogen. Pflichttheil im n. Lüb. R. I. 9. A. 2. II. 1. a. 8., vgl. Stein, Abh. aus dem Lüb. R. II. §. 148, 152, der nur eine Förmlichkeit für letztwillige Verfügungen erheischt.

113) Maier, teutsche Erbfolge I. S. 96. Beseler, Vergabungen §. 5, und gegen diesen: Pauli, Erbgüter §. 3.

114) Daß die Formeln zu Veräußerungen von Eigen der Einwilligung der Erben nicht gedenken (Maier a. a. O.), und die Gesetze zuweilen in Beziehung auf Veräußerungen, die sie gestatten, über die Rechte der Erben schweigen (Maurenbrecher a. a. O. §. 214, Note 3), beweist um so weniger, als man nicht sieht, daß von Stammgut die Rede; und gegen die Behauptung, daß die Einwilligung der Erben bloße Förmlichkeit gewesen (v. Zwierlein, II. Sendschreiben von den Rechten der Todttheilung u. s. w. S. 20), kann man auf Fischer, Erbfolgsgesch. S. 27 flg., verweisen.

Dispositionen zu Gunsten eines Ehegatten auf den Fall kinderloser Ehe, welche die Besitzerlangung der Intestaterben des vorverstorbenen bis zum Ableben des überlebenden Ehegatten hinausschieben, und bisweilen selbst beim Lehen in Ansehung des Nießbrauches[115]), ausdrücklich gestatten[116]); also solche, welche dem überlebenden dasjenige Recht erst ertheilen, was ihm bisweilen schon gesetzlich zusteht (s. unten III.). Ferner werden Dispositionen zu Gunsten der Kirche, die sogen. Seelengaben, bereits zur fränkischen Zeit der Anfechtung der Intestaterben, theilweise selbst der Nachkommen, entzogen[117]); und eben dieselbe Unanfechtbarkeit wird den Uebertragungen in die Hand des Königs oder Kaisers, um dadurch eine Veräußerung an Andere oder eine Enterbung zu bewirken, schon in den Gesetzen der fränkischen Zeit beigelegt[118]), wobei immerhin ursprünglich die Idee zum Grunde gelegen haben mag, daß der vom Staatsoberhaupte angewiesene Familiensitz in dessen Hände unbedingt zurückgegeben werden dürfe[119]). Diese beiden Modificationen müssen

115) Cout. de Liège ch. 11. art. 13.

116) L. Rip. tit. 49 (50). Bayer. Landr. v. 1344 C. 113. Gosl. Stat. a. a. O. S. 28, 29, Z. 42—2. (Die Praxis forderte aber Einwilligung der Erben: Göschen a. a. O. S. 265 flg., insbes. S. 266, Note 4, die auch erforderlich ist nach schwäb. Landr. C. 19, 21, Senckenb. 302, 308.) Zwar meint Fischer, a. a. O. S. 6 flg., daß solche Dispositionen die Intestaterben kinderloser Ehegatten gänzlich ausgeschlossen. Allein L. Baiuv. tit. 14. c. 9. §. 3. stellt die Frau den Fremden ganz gleich; L. Rip. tit. 48. kann nicht auf eigentliches Erbe bezogen werden und wird jedenfalls durch tit. 49. tit. modificirt; das Stadtrecht von Molckmühl (bei Fischer, Gesch. der teutsch. Erbf. II. S. 222) sagt dergleichen vom eigentlichen Erbe ebenfalls nicht, und andere dafür angezogene Stellen passen eben so wenig. Nur im alten Frankfurter Rechte finden sich Beispiele dafür, und das Kaiserr. II. 96., vgl. 51. a. E., erkennt es an.

117) In den Urkunden bei Meichelbeck, hist. fris. nr. 345. a. 816. nr. 331. a. 816., zeigt sich für den Fall, wo der Erblasser die Investitur nicht vorgenommen, ein jedoch beseitigtes Widerstreben der Erben, die Vergabung anzuerkennen; in dem Capit. Ludwig des Frommen v. J. 819 (Pertz III. 261.) werden sie indeß, eben so wie bei anderen Veräußerungen (die jedoch keineswegs als Vergabungen charakterisirt werden), selbst zur Vornahme der Investitur verpflichtet. Zu Gunsten der Kinder werden jedoch Ausnahmen gemacht (L. Longob. Rotharis c. 171. vgl. L. Long. Liutpr. VI. 19.), bisweilen jedoch nur in Ansehung eines Theiles (L. Longob. Liutpr. VI. 11. L. Baiuv. tit. 1. c. 2.). — Nur da, wo die Gesetze das eigentliche Erbe nicht als besonderen Theil von der hereditas aussondern, wird man jene Bestimmung auch auf dasselbe beziehen können. — Nach der Lex Alam. tit. 1. 2. soll freilich der Einwand: quod hereditas paterna sibi sit legitima ad possidendum, dagegen nicht wirksam sein, und auch nach der Lex Saxon. tit. 15. §. 2. unterliegt es Zweifeln, ob die Bestimmung auf das eigentliche Erbe geht (vgl. Gaupp, Recht und Verf. der alten Sachsen S. 202 flg.).

118) Eine Reihe von Urkunden, namentlich aus Gegenden des südlichen Teutschlands und des Rheins, hat Beseler a. a. O. I. S. 44 dafür angeführt.

119) Sie scheint vorzugsweise fränkischen Ursprunges zu sein (vgl. Cap. V. a. 803. c. 7.) und findet sich auch im Kaiserr. II. c. 37 (wo Beseler a. a. O. I. S. 1[illegible] indeß eine dem römischen Rechte nachgebildete Zuwendung auf den Todesfall findet) vgl. mit II. c. 9. — In L. Saxon. tit. 15. §. 2.

aber bei den heutigen Verhältnissen als gänzlich antiquirt betrachtet werden[120]). Obgleich man nun zuweilen die Immobilien schlechthin als Erbgut behandelt hat, so ist man doch nicht überall so weit gegangen, sondern man hat, vorzugsweise in den Städten, zwischen ererbten und erworbenen Immobilien unterschieden, auf jene die Erbgutsqualität beschränkt, und das Erbgut insofern in die Grenzen des Stammgutes zurückgewiesen[121]). Allein so wie man beim Stammgute es zuweilen vergaß, daß dasselbe nicht in Beziehung auf alle Erben eines gewissen Erblassers, sondern nur im Verhältnisse zu denjenigen, denen der Stammvater, von dem es herrührte, mit ihm gemeinsam war, diese Eigenschaft hatte[122]); so entstand auch bei diesem Erbgute oft die Inconsequenz, daß den Agnaten in Ansehung der erst von einem Agnaten erworbenen und einmal durch Versterben auf dessen Nachkommen in Erbgang gekommenen Immobilien dieselben Befugnisse zugestanden wurden, als ob sie von einem gemeinschaftlichen Stammvater herrührten[123]), wobei bisweilen sich indeß die Ansicht zeigt, daß dieser Erbgang schon bei den Großeltern des Erblassers seinen Anfang genommen haben müsse[124]). Es fehlt dabei denn auch an Streitigkeiten darüber nicht, ob nur die von Blutsverwandten oder auch die von Ehegatten, und ob auch die von solchen Personen durch Erbvertrag oder Testament erworbenen Güter zum Erbgute gehören[125]); und zuweilen ging man so

---

ist sie wohl aus fränkischem Rechte hinübergetragen, und im Jüt. Lov I. c. 37., wo eine Veräußerung vor dem Könige, aber ohne besondere Wirkung vor der gewöhnlichen gerichtlichen, gestattet wird, erklärt sich dieß daraus, daß bei ihm das höchste Gericht ist.

120) Wo sich noch Aehnliches findet, wie z. B. Bestätigung letztwilliger Verfügungen durch den Landesherrn, fällt dieß unter einen anderen Gesichtspunkt, und Dispositionen zu milden Stiftungen wird man nie mehr als giltig anerkennen, wo der Pflichttheil dadurch verletzt wird, ohne daß ein Grund zur Ausschließung oder Enterbung vorhanden.

121) Sächs. Weichb. E. 20, 61, 65. Gosl. Stat. a. a. O. S. 26, Z. 35, 36, S. 29, Z. 5—7. Verm. Sachsensp. I. 38. d. 1. 40. d. 3. R. Lüb. R. B. I, Tit. 10, Art. 6, B. III, Tit. 7, Art. 2. Alt. Hamb. Stadtr. v. 1270 1. 8. N. Hamb. Stadtr. Th. III, Tit. 1, Art. 4 u. 7. Boehmer, consult. I. P. 2. cons. 45. nr. 33 sq. Stryk, U. M. P. Tit. de hered. inst. §. 5. und de succ. ab intest. Diss. VII. c. 1. §. 10 sq. Knipschild, de fideic. fam. c. 9. nr. 6. Höping, de iure insign. c. 21. nr. 223. Ludovici, D. de diverso iure bonor. acquis. et hered. Pauli, Recht der Erbgüter nach alt. Lüb. R. §. 24.

122) Erst in späterer Zeit hob man die vernachlässigte Unterscheidung zwischen Gesammtstammgut und Linealstammgut wieder hervor: Posse, Prüfung u. s. w. S. 41 flg.

123) Bouteiller, somme rurale L. 2. ch. 7.: Par coustume locale l'homme ne peut vendre son patrimoine et héritage, de par pere et de par mere luy est echeu, sinon par le gré et consentement de son hoir, ou par pauvreté, au cas que verite seroit. — Vgl. auch Dreyer l. c. p. 28 sq. p. 33. Fischer a. a. O. I. S. 99.

124) Const. elect. Sax. 12. P. II. in C. Aug. I. p. 87. Project der Bremer reform. Stat. v. 1606 Stat. 160 (Berck, [illegible] Güterrechte der Ehegatten Nr. 217).

125) In Ansehung der Ehegatten wird dieß natürlich verneint, wenn man

weit, auch die von solchen Personen ererbten Mobilien und Forderungen zum [illegible]te zu zählen[126]). In Ansehung dieser letzteren war denn eine Anfechtung der Veräußerungen unanwendbar[127]), in Ansehung der Immobilien kam sie zuweilen außer Gebrauch[128]) oder wurde überhaupt aufgehoben[129]); und so gestaltete sich hier das Erbgut als ein bloßer Anspruch des Intestaterben auf einen Werth des Nachlasses, der insofern die Natur eines Pflichttheiles hat, daß er ihm durch letztwillige Dispositionen nicht entzogen werden kann[130]). Dieser Modification der Regel, daß die Qualität von Stammgut sowohl als von Erbgut nur auf Immobilien haftet, tritt noch eine andere, wiewohl nur uneigentliche, Modification hinzu, die darin besteht, daß auf Kündigung ausstehende Capitalien, welche dann in Grundstücken radicirt zu sein pflegen, eben so wie eiserne Capitalien und Grundrenten, zuweilen den Immobilien gleichgestellt werden[131]). Namentlich kommt dieß bei Haus- oder Familienverträgen vor, die beim niederen Adel die Gestalt fideicommissarischer Dispositionen anzunehmen pflegen, und durch welche solche Capitalien zuweilen ganz in das Verhältniß von Stammgütern gebracht werden[132]). Auch findet es sich, daß ein Erbe in Ansehung eines Ver-

---

ten Anfall nicht als Beerbung ansieht (vgl. Klefecker, Hamb. Verf. Th. IV, Abth. III, §. 14); sonst ist es zu bejahen (Gosl. Stat. a. a. O. S. 29, Z. 5—7. Pauli a. a. O. Note 34, 44, und S. 81, 82. Göschen a. a. O. S. 176, Note 8). Die Vertheidiger der verschiedenen Meinungen bei Pauli a. a. O. §. 1, Z. 3. In Lübeck wird nach dem neuesten Rechte indeß das als statutar. Portion Erworbene nicht als Erbgut betrachtet (Pauli a. a. O. S. 25). In Beziehung auf das durch letztwillige Verfügungen von Verwandten Erworbene sind die Mehrsten dafür, daß es nach Lüb. R. zum Erbgute gehöre, wenn es titulo universali hinterlassen sei, Wenige dafür, daß auch das titulo sing. Angefallene dazu gehöre (Pauli a. a. O. §. 1, Zif. 3). — Das richtige Criterium möchte indeß sein: ob es ohnehin ab intestato angefallen wäre.

126) Lüb. R. I. Tit. 10, Art. 6. Hamb. Stat. III. Tit. 1, Art. 4, 7. Klefecker a. a. O. §. 9. Pauli a. a. O. §. 24 und das. Cit. Vgl. auch unten Note 143. — Nach ält. Lüb. R. war es streitig: Pauli a. a. O. §. 1, Zif. 2, ist auch z. B. nach Lüneb. Stat. 4. 1. nicht der Fall.

127) Doch waren in Ansehung des Lüb. R. nicht immer Alle dieser Meinung: S. Klefecker a. a. O. §. 10 und das. Cit.

128) Pauli a. a. O. §. 24.

129) Z. B. in Hamburg: die Aufhebung der Impugnationen der Veräußerungen.

130) Vgl. Hamb. Stat. III. Tit. 1, Art. 6. Klefecker a. a. O. §. 16, 86.

131) So kurcölln. Rechtsordn. S. 95 bei Maurenbrecher, rheinpreuß. Landr. I. S. 421, und über Renten: Mittermaier a. a. O. §. 288, Note 11, 29—31. Bisweilen wird in Beziehung auf Erbverhältnisse auch Geld und Gut, was zum Kaufhandel bestimmt ist, zu den Immobilien gezählt. Frankf. Reform. v. 1509 Fol. 22. Orth, Anm. zur Frankf. Reform. p. 864.

132) So im preuß. Landr. II. 4. §. 47, 48, 51, 59. Bornemann, System. Darstellung des preuß. Landr. IV. S. 550. Außerdem sind auch hier nur Immobilien Gegenstand von Fideicommissen, die man gemeinrechtlich als deren alleinigen Gegenstand zu betrachten pflegt: Steinacker, de iure fideicomm. fam. sec. leg. Saxon. Lips. 1834. — Auch beim Geldlehen kommt ein Capital in die Lage eines Immobile.

mögens schon bei Lebzeiten des Erblassers ein erwarbenes R[illegible]langt, nämlich bei den Vergabungen oder Erbverträgen, welche dem [illegible]chten sofort mit der Disposition ein gleiches Recht ertheilen, wie es der Intestaterbe am eigentlichen Erbe durch die Geburt erwirbt[133]), was anfangs zwar nur auf Immobilien, später aber auch, und zwar mit denselben Erfordernissen der Errichtung, auf ein ganzes Vermögen und auf Fahrniß als Theile eines solchen angewendet worden[134]). Gleiche Stellung wie der geborene Intestaterbe zum eigentlichen Erbe, hat auch die Ehefrau bei der wahren Gütergemeinschaft durch die Eingehung der Ehe an dem ehelichen Vermögen, weßhalb sie auch im teutschen Sinne mit vollem Rechte als Erbin ihres Ehemannes bezeichnet wird[135]). Jedoch folgt es aus der Natur der Sache, daß wer zu einem Vermögen in dem Verhältnisse eines geborenen Intestaterben steht, in Ansehung der Veräußerung einzelner Güter aus denselben nicht die Befugnisse haben kann, welche ein solcher in Ansehung der Veräußerung der Stammgüter hat, weil er nicht, wie dieser, Erbe der einzelnen Güter als solcher ist[136]). Der römische Grundsatz: hereditas viventis non datur[137]) ist daher auf die teutsche Erbfolge in Fahrniß und Forderungen als besondere Güter und auf die damit verbundene Schuldenhaftung allerdings anwendbar; und ebenfalls denn auch auf die Erbfolge in ein Vermögen, selbst dann, wenn diese an die Stelle der teutschen Erbfolge in Immobilien, mit Untergang des Retractes, wiewohl zuweilen unter Beibehaltung des Grundsatzes: der Todte setzt den Lebenden in die Gewere[137a]), vermöge römischer Ansichten getreten ist. — Geborene Intestaterben in Ansehung einzelner Güter gibt es, wo Hausverträge, teutsche Familienfideicommisse oder lehnrechtliche und hofrechtliche Normen dem Eindringen des römischen Rechtes gewehrt haben, nämlich bei den Stamm- und Fideicommißgütern des Adels und bei der Grundherrlichkeit unterworfenen Bauerngütern auch jetzt noch, indem sich hier von dem Vermögen des jedesmaligen Inhabers eines solchen Gutes dieses in der Art aussondert, daß es vermöge des den Intestaterben bei seinem Leben schon zustehenden Rechtes seiner freien Disposition in Beziehung auf Veräußerung entzogen ist[138]). Man hat diese Erbfolge

---

133) S. Mittermaier a. a. O. §. 454, Note 9, 18 flg.

134) Vgl. oben Note 95.

135) Vgl. in diesem Werke den Art. Güterrechte der Ehegatten. Was der Ehegatte aus der Gütergemeinschaft erhält, ist in Lübeck Erbgut: Pauli, Erbg. §. 27.

136) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 454, Note 10—12, 17 flg.

137) Nämlich in dem Sinne, daß der Erbe bei Lebzeiten des Erblassers noch überall kein gegenwärtiges Recht (ius quaesitum) hat.

137a) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 466 und das. Cit., auch oben Note 101.

138) Die Behauptung, daß der Successor in ein Familienfideicommiß (worunter hier nur ein solches verstanden werden kann, welches der Erblasser in Ansehung des von ihm verlassenen Gutes für seine Intestaterben errichtet, weil es sonst außer den Grenzen der Intestatsuccession liegt) sein Recht nicht vom ersten Erwerber (oder besser Stifter) ableite (Beseler, Erbvertr. II.

oft als eine successio ex pacto et providentia maiorum bezeichnet[139]). Allein da man den Grund dieser Benennung doch nicht darin setzen will, daß Vorfahren den Stoff zu dieser Succession geliefert haben: so paßt sie hier nur insofern, als die Fürsorge des Stifters eines Familienfideicommisses dem Gute erst die Unveräußerlichkeit beigelegt und es dadurch in die Lage von Stammgut gebracht hat, oder ein gemeinschaftlicher Stammvater diejenigen, welche bereits nach ihm gesetzlich zur Succession gelangt, aber durch seine Disposition von der Herrschaft über das Gut einstweilen zu Gunsten von Miterben ausgeschlossen worden, zu derselben durch eine besondere Successionsordnung wiederum berufen hat[140]). — Nur Männer oder Väter sind indeß Stammsubjecte oder Familien- oder Geschlechtshäupter, nie Weiber oder Mütter. Daher kann auch zu dem Gute eines Weibes Niemand von ihm selbst geboren werden, und als Weiber zum Eigenthum an Grund und Boden gelangten (unten III.), konnten sie auch aus dem Grunde, daß dieses Gut die Eigenschaft eines Familiensitzes habe, von Seiten ihrer Kinder und deren Abkömmlinge in der Disposition über dasselbe eben so wenig beschränkt sein, als sie es in Ansehung ihres sonstigen Gutes waren[141]). Da indeß die durch die Idee des Zugehörigseins zu einem Familiensitze zwar hervorgerufenen Erbfolgenormen auch auf andere Güter zur Anwendung kamen, bei denen jene Idee sich nicht realisirt fand, so konnte hier der von ihr abhängende Unterschied zwischen dem

---

Abth. 2, S. 62. Mittermaier a. a. O. §. 449, Note 2), und die ähnliche in Ansehung der Bauerngüter aufgestellte Behauptung (Mittermaier a. a. O. §. 497, Note 5, 6, 7, 17, 18), kann man nur insofern als richtig anerkennen, als dadurch bestritten werden soll, daß der Anerbe schon, ehe er nach der gesetzlichen Ordnung zur Ausübung seines Rechtes berufen sei, sein Recht auf seine Nachkommen transmittire (vgl. unten Note 528, 529), und daß bei allen Bauerngütern jenes Verhältniß stattfinde. — Auch zu einem Bauergute kann ein Erbe geboren werden (sächs. Landr. II. 59. §. 1).

139) Müller, de providentia maior. Jen. 1693. Jenichen, in thes. iur. feud. III. p. 403. (Vgl. auch unten Note 462.) Struben, rechtl. Bed. IV. Bed. 146. Runde, teutsch. Privatr. §. 695. Eichhorn, Einl. §. 367, vgl. mit Beseler a. a. O. II. S. 63. Struben, de iure villic. III. §. 31. Pfeiffer, pract. Erört. IV. S. 128. Spangenberg, pract. Erört. I. S. 292. Runde, von der Interimswirthschaft S. 153.

140) Vgl. unten nach Note 240 und Note 525. Werden übrigens dergleichen Hausverträge in der Art geschlossen, daß der Vertrag ein neues Erbrecht begründet, wie wenn mehrere Erben untereinander einen Vertrag über die Erbfolge schließen, so gehören sie den Erbverträgen an.

141) Die Beschränkung müßte also hier von einer anderen Seite kommen. Zunächst entsprang sie aus dem Rechte ihrer eigenen Verwandten auf den eventuellen dereinstigen Wiederanfall; wo dieses durch Gütergemeinschaft aufgehoben war, aus dem Rechte des Ehemannes (da, wo dem Manne nur mundium zusteht, beschränkt er die Frau ebenfalls, aber die Beschränkung durch deren Verwandten fällt nicht hinweg: Schwäb. Landr. 34. 9. vgl. 76. bei Senck. 277 §. 2, 263 §. 3, 4, 313 §. 1); wo jenes durch das Dasein von Kindern (vgl. Jüt. Lov I. 35. und Paulsen, im staatsb. Mag. II. S. 342), diese Verhältnisse durch die Auflösung der Ehe ausgeschlossen waren, da bedurfte es eines besonderen Grundes, um sie in ihren Dispositionen zu beschränken.

väterlichen und mütterlichen Gute verschwinden, was der Natur der Sache nach bei der Gütergemeinschaft eintreten mußte. Und bei dem ehelichen Güterverhältnisse, welches man als die gesammte Hand bezeichnet, bei dem während der Ehe beide Ehegatten in Ansehung aller Güter condomini sind[142]), mußte die Mutter in Beziehung auf das Vermögen schon während der Ehe als ein Familienhaupt neben dem Vater erscheinen. Beschränkungen in der Dispositionsbefugniß während der Ehe durch die Kinder ist sie jedoch selten unterworfen[143]), und bei der gesammten Hand gilt, zuweilen indeß mit geringen Modificationen, dasselbe vom Vater[144]). Allein abgesehen von diesem Verhältnisse, bei dem schon eine theilweise Veräußerung des väterlichen Erbe durch Eingehung der Ehe vor der Geburt der Kinder stattgefunden hat, kann dann, wenn bei dem Tode des Vaters nicht an dessen Stelle unmittelbar ein Vormund der Kinder, sondern vielmehr die Frau und Mutter in die von ihm verlassenen väterlichen Verhältnisse eintritt[145]), dieser Eintritt auch ihr Gut ergreifen, so daß ihre Kinder in Ansehung desselben dieselben Rechte haben, welche ihnen bei Lebzeiten ihres Vaters schon an dessen Gute zustanden. Es ist aber auch ferner eine dem teutschen Rechte nicht selten geläufige Ansicht, daß das in derselben Ehe vereint gewordene Gut einen Complex bildet, der in einer besonderen erbrechtlichen Beziehung zu den Kindern dieser Ehe steht[145a]), in den sie bei Auflösung der Ehe sofort zur Succession gerufen sind, insofern nicht die Rechte, welche dem Ueberlebenden als Familienhaupt zustehen,

---

142) Vgl. in diesem Werke den Art. Güterrechte der Ehegatten. — Kennzeichen dieses Verhältnisses ist, daß neben sogen. Gemeinschaft gegenseitige Beerbung der Ehegatten vorkommt (Stadtpriv. v. Freiburg [im Breisgau] S. 81. Stadtrobel Art. 25, 26. Bescheid des Stadtrathes zu Hildesheim v. 1599 [bei G. L. Böhmer, electa iur. civ. III. p. 11.]), wiewohl bei unbeerbter Ehe das Fallrecht (vgl. unten Note 210, 386) eintreten kann (vgl. Euler a. a. O. S. 51 flg.); was freilich mit dem Wesen der gesammten Hand nur dann im Einklange steht, wenn sie von dem Beerbtsein der Ehe abhängt.

143) Jedoch zuweilen (vgl. établiss. de Louis IX. l. 1. ch. 64. Ordonn. des Rois de France I. p. 156. Lauriere in den Anmerk.); aber nicht gerade blos in Ansehung des Ererbten (vgl. Jüt. Lov I. c. 39. über Seelengaben, wo jedoch Einwilligung des Mannes die Gabe giltig macht), sondern auch in Ansehung anderen Gutes, welches den Kindern verbleiben soll, z. B. Kleinodien (Augsb. Stat. v. 1273 bei Walch, verm. Beitr. IV. S. 257), oder insbesondre zu Gunsten des Mannes (Frankf. Reform. v. 1509 Fol. 19. Orth a. a. O. S. 362. R. Lüb. R. I. Tit. 6, §. 1). Auch den Mann beschränken sonst die Kinder in Ansehung von Dispositionen über das Gut der Frau nicht, nach schwäb. Landr..9.

144) Freib. Stadtpriv. S. 33. Stadtrobel Art. 27. Bamberger Stadtr. herausg. von Zöpfl §. 313, 284, 358, vgl. mit 361, jedoch auch 368, und Zöpfl a. a. O. S. 186, Note 5; so wie andere Statute bei Euler a. a. O. S. 14, und über das alte Frankf. R. ebendas. S. 37, 38. Kaiserr. II. 96.: .. was gesamment hant thut daz sal stede sin.

145) Von der römischen patria potestas ist dabei natürlich nicht die Rede. Vgl. über das Verhältniß unten Note 587 flg.

145a) Vgl. unten Note 350—353.

sie in der Ausübung des dadurch erworbenen Rechtes beschränken. — Diese Ansicht, daß den Kindern sofort bei Auflösung der Ehe schon ein ius successionis (in der romanistischen Bedeutung[145b])) erworben sei, scheint vorzüglich bei der gesammten Hand der natürlichste Grund zu sein, daß der überlebende Ehegatte auch seinen eigenen Antheil an dem in der Ehe vereinigten Gute im Falle des Vorhandenseins von Kindern nicht giltig veräußern kann. Dieses, aber nicht ausschließlich, bei der gesammten Hand sich findende, auch jetzt particularrechtlich zuweilen noch bestehende Verhältniß nennt man die Verfangenschaft[146]). Es ergreift im Sinne dieses Wortes auch das Gut der Mutter[147]), so wie es denn auch, wo es, was sich zuweilen findet[147a]), während der Ehe besteht, bei wahrer innerer Gütergemeinschaft dasselbe ebenfalls ergreifen muß[148]); und zuweilen ist es nicht auf das unbewegliche Gut beschränkt geblieben[149]), sondern auf alles und jedes Gut ausgedehnt worden[150]). Gewöhnlich schreibt man hier den Eltern nur einen Nießbrauch zu[151]); allein da jene Beschränkung dem teutschen Eigenthume überall nicht fremd ist[152]), und die Kinder nach dem Tode beider Eltern als Erben

---

145b) Vgl. oben nach Note 107 und unten Note 153. Eine successio anticipata findet hier auch mit And. Runde, Zeitschr. für teutsch. R. VII. S. 34.

146) Fischer, Gesch. der teutsch. Erbf. I. S. 233 flg. Dewies, Lichtstrahlen in das Verfangenschaftsrecht, der, S. 75, es als gemeines teutsches Recht betrachtet, wogegen aber bereits Phillips, Privatr. II. S. 136 flg. — Mittermaier a. a. O. §. 436, Note 44, 45, §. 438, Nr. III.

147) Mittermaier a. a. O. §. 438, Note 17.

147a) Lüb. R. v. 1270 bei Westphal l. c. III. p. 640.

148) D. h. bei derjenigen, wo das Gut nur eine Masse bildet, die Ehegatten nicht condomini sind, sondern der Ehemann nach außen hin alleiniges Subject des Vermögens und die Frau nur seine Genossin ist (vgl. in diesem Werke den Art. Güterrecht der Ehegatten Bd. IV, S. 922), wo dann nicht von einer gegenseitigen, wohl aber von einer Erbfolge der Frau nach dem Tode des Mannes die Rede sein kann.

149) Auf Immobilien beschränkt nach Freib. Stadtpriv. S. 33. Stadtrobel Art. 28. Vgl. das die Verfangenschaft aufhebende neue Stadtr. v. 1520 S. 56 b. Ueber das alte Frankf. R. Euler a. a. O. S. 40 flg. Namentlich in Württemberg herrschte unendliche Verschiedenheit: Fischer a. a. O. S. 247 flg.

150) Bamb. Stadtr. §. 242, 252, 246, 247, 251, 253, 341, 339, 347, 348 (vgl. Zöpfl a. a. O. §. 48), 805.

151) Fischer a. a. O. S. 250 flg. Mittermaier a. a. O. §. 438, Note 21. In Beziehung auf das Bamberger Recht: Zöpfl a. a. O. S. 191, und dagegen Euler a. a. O. S. 31. — Die Ursache ist wohl die, daß man mit dem Rechte der Kinder ein Eigenthum des parens nicht vereinbar hielt, dessen Recht unter den römischen Gesichtspunkt stellte, und durch einen Nießbrauch desselben ein ganz ähnliches Verhältniß entsteht.

152) Denn regelmäßig sind sie, wenigstens so lange sie nicht zur anderen Ehe schreiten, und dadurch zuweilen einige Modificationen entstehen (Bamb. Stadtr. 245, 248, 249, 254, und über altes Frankf. R.: Euler a. a. O. S. 47 flg.), nicht beschränkter als jeder Eigenthümer von eigentlichem Erbe, so daß sie im Falle der Noth veräußern können (Bamb. Stadtr. 246, 247, 251, 252, 253, 341. Euler a. a. O. S. 42 flg. Fischer a. a. O. S. 261 flg.). Sie haben Besitz und Nutzen (Bamb. Stadtr. §. 249), was im teutschen Rechte gerade die Ausübung des Eigenthums bezeichnet.

die Disposition über das Gut erlangen[153]), so kann es nur da unter diesen Begriff gestellt werden, wo die Natur des Verhältnisses darauf führt; in welchem Falle aber der Name der Verfangenschaft wenigstens nicht paßt, sondern ein bloßer Beisitz[154]) des überlebenden Parens stattfindet[155]). — Bei der gesammten Hand scheint die Natur des Verhältnisses nicht dafür zu reden; wohl aber wenn sonst bei dem überlebenden Vater in Ansehung des mütterlichen Gutes jene Beschränkung sich findet[156]). Denn ein Eintreten des Vaters in das mütterliche Verhältniß ist, wo keine gesammte Hand besteht und die Mutter nicht neben ihm als Familienhaupt erscheint, unmöglich, weil dasjenige, was dieses umfaßt, schon in seinem väterlichen Verhältnisse *enthalten* ist. Er kann also in solchem Falle nur in reine Vermögensrechte seiner Frau vermöge eines nur den Fruchtgenuß umfassenden Erbrechtes (portio statutaria) eingetreten sein, während die Proprietät auf seine Kinder vererbt ist. Dasselbe kann indeß auch bei der Mutter in Ansehung des vom Vater verlassenen Gutes stattfinden; was im Zweifel dann anzunehmen ist, wenn nämlich, wo keine gesammte Hand besteht, ihr Recht nicht durch die Eingehung einer anderen Ehe erlischt[157]). Beim Vater kann aber auch jenes Recht in Ansehung des mütterlichen Gutes der mit der römischen väterlichen Gewalt verbundene Nießbrauch sein. Wo

153) Berner Handv. Art. 42. — Mit dem Tode des ersten parens erlangen die Kinder die Wart, mit dem Tode des zweiten tritt der Fall ein (Bamb. Stadtr. §. 358, 309, 310, 296. S. auch Euler a. a. O. S. 46), und daraus erklärt es sich ohne Widerspruch, daß die Kinder aus *nachfolgenden* Ehen von dem Gute ausgeschlossen sind (Freib. Stadtrodel Art. 31 *vgl. mit* Berner Handv. Art. 48. Euler a. a. O. S. 16. Bamb. Stadtr. §. 359, 360. Kaiserr. II. c. 53). Denn beim Tode des ersten *ist das Kint geerbet* mit dem Gude: Kaiserr. II. c. 97. Vgl. auch Dewies a. a. O. S. 205.

154) Wo sich der Beisitz findet, ist wohl ursprünglich Nutz und Gewer gewesen, wie in Frankfurt (vgl. Euler a. a. O. S. 40 flg.), und nur der Widerstreit mit dem römischen Eigenthum hat es veranlaßt, daraus einen Nießbrauch zu bilden.

155) Dann ist das Gut des vorverstorbenen parens, woran der Beisitz stattfindet, devolvirt (an die Kinder), das Gut des überlebenden, welches seiner freien Disposition entzogen ist, vinculirt. Ob diese von dem belgischen Juristen Stockmanns (tract. de iure devolut. Francof. 1648. und sonst) aufgebrachte Unterscheidung in einem bestimmten Lande anwendbar ist, kann zwar sehr zweifelhaft sein, wie es auch bei dem Jülich-Berg'schen Rechte der Fall ist, wo aber auch das (von dem jene Unterscheidung verwerfenden Dewies a. a. O. Cap. 2, S. 32—54, behauptete) Institut der Gemeinschaft der Immobilien nicht weniger bestritten und zweifelhaft ist. S. darüber Euler a. a. O. S. 21 flg. — Dem Wesen der gesammten Hand widerspricht aber diese Unterscheidung allerdings.

156) Daß bei der Verfangenschaft das Verhältniß des Vaters auf einem anderen Grunde beruhe, als das der Mutter, hat bereits Fischer, a. a. O. I. S. 233, bemerkt; aber wo gesammte Hand besteht, ist dieß nicht begründet.

157) Denn erlischt es in diesem Falle, so erscheint es als bloßes Witthum. Beispiel des lebenslänglichen Nießbrauches, und zwar zu ¼ kraft ehelichen Rechtes, zu ¾ kraft Elternrechtes im bad. Landr. §. 745a. — Bei den lucra nuptialia entsteht ein gleiches Verhältniß. Vgl. oben Note 11a.

an das Institut der Verfangenschaft als früher[158]) oder als jetzt noch, ie namentlich in Berg und Jülich[159]), bestehend ansieht, da mag ssen Grundlage zuweilen ein bloßer Nießbrauch des Ueberlebenden und e Erbgutsqualität seines eigenen Gutes sein[160]), welche (wo keine gesammte Hand besteht) dem väterlichen Gute auch während der Ehe verlieben, dem mütterlichen Gute aber durch das Eintreten in die Stelle es Vaters als Familienhaupt bei Auflösung der Ehe zu Theil geworden ein kann[161]).

III. Intestaterbfolgerecht ist die, von Dispositionen eines Erblassers unabhängige, Berechtigung, in von ihm verlassene Vermögensverhältnisse einzutreten; oder das in gleicher Art unabhängige Recht, u der ihm bisher zugestandenen Ausübung von Vermögensrechten zu elangen. Im ersten Falle ist es, das ius succedendi, ein Statusverhältniß, eine Befugniß zu erwerben, welche bereits eine Beziehung uf ein bestimmtes Object erlangt hat[162]); im zweiten Falle ist es in ius successionis in Beziehung auf dessen Object, ein bereits erworbenes Vermögensrecht, dessen Ausübung noch durch das Recht eines Anderen, in Beziehung auf den es ius succedendi ist, gehindert wird. Es setzt, wie jedes andere Recht, Rechtsfähigkeit der Person überhaupt voraus, bei sogen. physischen Personen also das Geborensein. Teutsche Gesetze fordern aber auch, daß der Geborene die vier Wände und die Decke der Wohnung gesehen oder beschrieen habe[163]), was aber, und eben so wohl auch das in nordischen Rechten vorkommende Erforderniß der Taufe[164]) auf den Fall beschränkt werden muß, wo er so bald nach

158) In einer großen Ausdehnung nimmt seine Gültigkeit Fischer, a. a. O. S. 240, unter Anführung einer großen Zahl von Statuten, an. Vorzugsweise will man es da finden, wo salisches und ripuarisches Recht gegolten. — Es kam auch in Ländern vor, wo jetzt der Code Napoléon gilt, wie im Elsaß und Baden. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 436, Nr. IV. — Viele Nachweisungen, namentlich in Beziehung auf die gesammte Hand, bei Euler a. a. O. S. 68 flg.

159) Auch in Geldern, Brabant und Flandern. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 436, Note 44, und das. Cit.

160) Daß das Verhältniß in Ansehung der Mutter aus dem Witthum entsprungen, nimmt Fischer, a. a. O. S. 236, an, und in den cout. de Namur a. 25. wird auch in der That ihr Nießbrauch an den Gütern des verstorbenen Mannes douaire genannt. Dieß Witthum pflegt dann aber lebenslänglich zu sein. Vgl. die Zeugnisse bei Fischer a. a. O. II. (Urkundenb.) S. 103 flg.

161) Daß blos in Ansehung des Erbgutes, welches die Mutter besitzt, und zwar erst von der Zeit ihres Wittwenstandes an, und zu Gunsten ihrer Kinder, ihr die Veräußerung, außer dem Falle der Noth, untersagt ist, findet sich auch in den französischen coutumes: Grand coutum. de France l. 2. ch. 27. Ragneau, glossaire du droit François T. II. p. 206.

162) Vgl. meine Identität u. s. w. S. 13, 426, Note 59.

163) Sächs. Lehnr. C. 20 vgl. mit établiss. de S. Louis. I. 11. Gosl. Stat. a. a. O. 3. 13, S. 5—7. Magdeb. Schöffenurth. bei Haltaus p. 2025.; andere Zeugnisse bei Grimm a. a. O. S. 74, und selbst noch das Eisenacher Stat. v. 1670 Th. 1, Tit. 4, Art. 7, und Lüneb. Stadtr. II. 1. 4. fordern dieß.

164) Vgl. Jüt. Lov I. C. 1 vgl. mit C. 2.

der Geburt gestorben ist, daß es an anderen Aeußerungen seiner Thätigkeit fehlt[165]). Heutzutage folgt man in dieser Beziehung dem römischen Rechte[166]). Es steht entweder Blutsverwandten oder andern Personen zu; jenen regelmäßig, diesen ausnahmsweise und aus besondern Gründen, wiewohl zuweilen die Ehe ein eben so regelmäßiges Erbfolgerecht gibt als die Blutsverwandtschaft; und darnach unterscheidet man eine successio ab intestato ex iure sanguinis oder ex speciali fundamento[167]). Das der ersteren ist bald ein besonders bevorzugtes, ein qualificirtes, wenn ihm, wegen eines besonderen engeren Familienverhältnisses des Berechtigten zum Erblasser, ein die übrigen Blutsverwandten ohne Rücksicht auf deren Verwandtschaftsnähe ausschließender Vorzug beiwohnt; bald ein einfaches, wenn ihm ein solcher fehlt. — Es sind indeß nicht alle Blutsverwandten dieses Rechtes theilhaft. In Ansehung des eigentlichen Erbe oder des Stammgutes, so weit es sich in seiner ursprünglichen Bedeutung erhalten hat, sind Alle diejenigen ausgeschlossen, welche nicht zu demselben geboren sind. Nur der ist zu dem Erbe geboren, der als Familienglied, also in einer bürgerlich gültigen oder in einer rechten Ehe geboren oder gezeugt, also kein uneheliches Kind (Sebekind, Speilkind, Wanbürtiger) ist, den das teutsche Recht zu keiner Familie zählt[168]). Es sind also ausgeschlossen: a) diejenigen, welche außer der Ehe geboren sind, ohne in einer rechten Ehe gezeugt zu sein; b) diejenigen, welche in einer Mißheurath gezeugt oder geboren sind; und c) die Adoptivkinder. — In Ansehung der ersteren will man indeß bald auch diejenigen ausschließen, welche vor der Ehe gezeugt, wenn auch in rechter Ehe geboren sind; bald *diejenigen* als erbfolgeberechtigt gelten lassen, welche *entweder durch nachfolgende* Ehe oder durch eine legitimatio plena *per rescriptum* principis legitimirt sind. — Beides beruht indeß *auf dem teutschen* Rechte ursprünglich fremdem Begriffe von ehelichen Kindern. — Die Conception vor der Ehe, oder vielmehr die Geburt des Kindes zu einer Zeit, nach welcher die gesetzlich zu präsumirende Conceptionszeit vor die Eingehung der Ehe fällt, hat auch nach römischem Rechte keine andere Bedeutung in Beziehung auf eheliche Geburt des Kindes, als daß die Präsumtion für die Erzeugung durch den Ehemann hinwegfällt[169]), raubt

---

165) Die Note 163, 164, 166 cit. Stellen reden von diesem Falle oder deuten auf ihn hin. Arg. Leg. Alam. c. 91.: .. et infans vivus remanserit aliquanto spatio vel unius horae... et... testes habet pater eius, qui vidissent illum infantem oculos aperire et potuisset culmen domus videre et quatuor parietes ...

166) Schon das sächs. Landr. I. 33. und das schwäb. Landr. C. 38 begnügen sich mit einem Zeugnisse über das Leben; und ebenso: Magdeb. Schöffenurth. bei Böhme, diplom. Beitr. VI. 145.

167) Vgl. Thibaut, System des Pandektenr. §. 854.

168) Grimm a. a. O. S. 475, wo sich noch andere Benennungen finden. Mittermaier a. a. O. §. 35, Note 5—8.

169) Denn die Regel ist: pater est quem nuptiae demonstrant, und daß der, welcher sine legitimo matrimonio nascitur, der Mutter folgt: L. 24. D. de statu hom. (1. 5.) Dagegen gilt nur der Beweis der Unmöglich-

also dem Kinde die Eigenschaft eines ehelichen nicht, sobald die Erzeugung durch diesen von ihm anerkannt oder gegen ihn erwiesen wird[170]. Nur dann wird auf die Conceptionszeit gesehen, wenn dadurch dem Kinde der Status der Freiheit vindicirt werden kann[171]) oder die Frage entsteht: in wessen patria potestas das Kind stehe[172])? nicht aber in Beziehung auf die Frage: ob es in der patria potestas stehe? — Es kann aber auch in Beziehung auf die Frage: ob Jemand Familienglied im teutschen Sinne sei? auf die römische patria potestas überall nicht einmal ankommen. Unter den teutschen Quellen berührt zuerst das sächs. Landr. den Fall, daß die Conceptionszeit eines von einer Ehefrau gebornen Kindes nicht in die Zeit der Ehe fällt, und sagt keineswegs schlechthin, daß es als ein uneheliches gelte, sondern nur, daß man ihm die Eigenschaft eines ehelichen bestreiten könne[173]); womit noch überall nicht gesagt ist, daß das Kind nicht durch den Beweis seiner Zeugung von dem in Rede stehenden Ehemanne die Anerkennung als eheliches Kind erlangen könne[174]). Ueberdieß setzt aber auch eine solche Bestimmung schon die dem ursprünglichen teutschen Rechte gewiß fremde Ansicht voraus, daß in anderen Fällen jener Status nicht angefochten

---

keit, daß der Vater der Erzeuger sei; welcher aber dann schon gegeben ist, wenn das Kind vor Ablauf des 182. Tages nach Eingehung der Ehe geboren ist, während er noch erforderlich wird, wenn die Geburt später erfolgt: credendum est, eum qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse (L. 12. D. eod. Vgl. L. 3. §. 12. D. de suis et legitimis etc. [38. 16.]). — Anders ist es aber in Ansehung desjenigen, der nach Auflösung der Ehe, also nicht ex nuptiis, natus est und zwar zu spät. Dieser ist unbedingt ausgeschlossen (L. 3. §. 11. D. eod.)

170) Zeno, L. 5. C. de natural. lib. (5. 27.), schließt diejenigen, denen noch keine Concubinenkinder geboren sind, von der legitimatio per subsequens matrim. aus, weil sie dasselbe ja durch Eingehung der Ehe erreichen konnten, und Justinian in L. 10. 11. C. eod. macht alles von der editio vor oder nach Eingehung der Ehe abhängig.

171) L. 11. C. cit.

172) Vgl. §. 9. J. quib. mod. ius patr. pot. solvitur. (1. 12.)

173) Sächs. Landr. I. 36.

174) Um so weniger, als im teutschen Rechte eben der Beischlaf dasjenige Moment ist, von dem die Wirkungen der Ehe abhängen, so daß in früherer Zeit die kirchliche Trauung oder Kirchgang auch erst nach demselben erfolgen konnte (Grimm, R.-A. S. 434, 435). Daß es unerweislich sei: benedictionem sacerdotalem pro forma legitimae nativitatis desiderari, meint auch Leyser, spec. 298. med. 4. Auch Concubinenkinder werden in älteren Quellen, in denen kein Unterschied zwischen Erbe in eigentlichem Sinne und anderem Gute hervortritt, nur den ehelichen Söhnen nachgesetzt (L. Longob. Roth. 158. 159. 160., wonach aber die filiae und die proximi, statt letzterer auch die curtis regia, mit ihnen concurriren, während sie nach L. Long. Luitpr. I. 1. von den filiae ausgeschlossen werden), und gleiches gilt von den mit einer ancilla gezeugten (L. Baiuv. tit. 4. §. 8.), und in Ermangelung ehelicher Söhne konnte ihnen auch durch väterliche Disposition ein Erbfolgerecht in eigentliches Erbe ertheilt werden, nach Form. Marculfi app. nr. 52. — Uneheliche, vom Vater gehörig anerkannte Kinder werden nur in der Concurrenz mit dessen ehelichen Kindern in gleichem Verhältnisse wie Weiber neben Männern zurückgesetzt nach Jüt. Lov I. c. 21.

werden könne; und sie scheint daher römischem Einflusse ihren Ursprung zu verdanken[175]). Die Idee, daß das bereits vor der Ehe vom Ehemanne gezeugte, aber in der Ehe geborene Kind Familienglied sei, spricht sich auch in der früher zuweilen vorkommenden Trauungsform aus, bei welcher die bereits vor der Trauung geborenen Kinder dieser Art unter dem Mantel der Mutter gleichsam als Embryonen mit zu Theilnehmern des Actes gemacht wurden; und daß sogen. Mantelkindern, worunter man denn alle durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder versteht, die Intestaterbfolge in das, dem eigentlichen Erbe in Beziehung auf Intestaterbfolgerecht gleichstehende, Lehen gestattet worden, dafür fehlt es nicht an Beispielen[176]). Für sie spricht ferner, daß Particulargesetze zuweilen den von Verlobten, ohne daß es zur Eingehung der Ehe zwischen ihnen gekommen ist, oder den sogen. Brautkindern, gleich ehelichen Kindern das Intestaterbfolgerecht gestatten[177]). Allein gemeinrechtlich können weder Mantelkinder noch Brautkinder als Familienglieder ihres Erzeugers betrachtet werden. Und so wie in neuerer Zeit von jener Trauungsform sich keine Spur mehr findet, so fordert auch die gangbare Doctrin des heutzutage gemeinen römischen Rechtes zur Eigenschaft eines ehelichen Kindes die Conception in der Ehe[178]), eine Ansicht, die für das teutsche Recht in seiner Entwickelung unter dem Einflusse des römischen Rechtes eine entscheidende Stütze darin findet, daß das schwäbische Landr. dasjenige Kind, welches in der Ehe zu früh geboren wird, schlechthin von der Erbfolge ausschließt und zur Eigenschaft eines ehelichen Kindes, im Gegensatze des legitimirten verlangt, daß es schon im Mutterleibe ein Ehekind gewesen[179]). Wenn man daher hin und wieder eine Darstellung findet, nach der bloß Geburt in der Ehe die Eigenschaft eines ehelichen Kindes begründet, so erscheint es nicht außer Zweifel, ob dieß nicht blos einer Ungenauigkeit des Ausdruckes zuzuschreiben sei[180]), und man kann sich dadurch nicht abhalten lassen,

---

175) Es fehlt auch nicht an einem äußeren Grunde dafür, indem die Bestimmung in dem niederteutschen Texte der Zobel'schen Ausg. des Sachsensp. ganz fehlt, und in einer Görlitzer Handschrift an einem anderen Orte steht.

176) Dieck, die Gewissensehe u. s. w. [illegible]5 flg., S. 138 flg., vgl. mit dessen Beitr. zur Legitim. durch nachf. Ehe S. 98 flg. Reyscher, Zeitschr. für teutsch. R. II. H. 2, S. 217, 218. Die Meinungen der Juristen sind von jeher getheilt gewesen; überwiegend ist aber in früherer Zeit die Zahl derjenigen geworden, welche regelmäßig unter Berufung auf das canonische Recht sich für das Erbfolgerecht der Mantelkinder erklärt haben, wozu neuerdings gehören: Zachariä, Heidelb. Jahrb. v. 1838 S. 451. Dieck a. a. O. und das. S. 58 flg. Cit. Michaelis, Votum über den reichsgräfl. Bentinck'schen Erbfolgestreit S. 46 flg. und das. S. 53 Cit.

177) So in Sachsen (Haubold, sächs. Privatr. S. 346), in Württemberg (Weishaar, württemb. Privatr. I. S. 219), Schaumburg-Lippe (Verordn. v. 22. Mai 1828). Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 435, Note 1.

178) Thibaut a. a. O. §. 239. Mackeldey, Lehrb. des heut. röm. R. (12. Aufl. von Roßhirt) §. 539.

179) Schwäb. Landr. C. 40, 47, bei Senck. 280, 376.

180) Z. B. in den Entscheidungsgründen der Juristenfacult. zu Jena im Bentinck'schen Successionsstreite S. 73 (wo aber nicht die Worte der Ent-

diese Ansicht als die durch teutsche Auffassung der römischen Bestimmungen gebildete gemeinrechtliche zu betrachten. So wie für die eheliche Geburt, muß aber auch die Conception in der Ehe als Erforderniß für das in Rede stehende Erbfolgerecht da erscheinen, wo nicht eine Ansicht sich gebildet hat, die sich so weit auf die andere Seite neigt, daß sie dasselbe auch den Legitimirten einräumt[181]). In Ansehung dieser letzteren ist es nun allerdings richtig, daß sie durch die Legitimation alle Rechte ehelicher Kinder in Verhältniß zu ihrem Vater erhalten, und von der Rechtlosigkeit, oder jetzt der sogen. Anrüchtigkeit, die an unehelichen Kindern haftet, sofern derselben noch eine Bedeutung beigelegt werden kann, befreit werden. Allein daraus folgt von selbst noch überall nicht, daß sie auch zu dem Familiengute geborene Glieder der Familie sind, der ihr Vater angehört (von der er nicht der Stammvater ist). Denn nach dem ursprünglichen teutschen Rechte war die einzige Art, in dieses Verhältniß zu gelangen, die eheliche Geburt[182]), die Wirkung jener Handlungen beschränkt sich im römischen Rechte auf die Begründung der patria potestas, und Gleichstellung mit ehelich geborenen Kindern in Beziehung auf das Vermögen des Vaters[182a]); und es läßt sich von ihnen, eben so wenig als von der Adoption, nachweisen, daß sie außerhalb des Kreises dieser potestas irgend eine rechtliche Wirkung gehabt hätten[183]). Sind sie nun auch als zum Vermögen ihres Vaters geborene Blutsverwandte oder Cognaten (wenn man diesen Ausdruck einmal auch für die Kinder gebrauchen will) zu betrachten; so gehört doch das eigentliche Erbe gerade nicht zu diesem Vermögen desselben, weil er zwar die Ausübung aller Eigenthumsrechte und im teutschen Sinne allerdings Eigenthum daran hat; es aber dennoch, vermöge der

---

scheidungsgründe gegeben werden), und bei Albrecht, Gött. gel. Anz. Jahrg. 1833, S. 1283, 1284, der dieß als eine Ansicht des canonischen Rechtes betrachtet. — Allein das canonische Recht spricht sich doch wohl nirgends darüber aus, ob solche Kinder legitime oder legitimirte sind. — Zur adligen Geburt hat man indeß die Zeugung in der Ehe für das heutige Recht zuweilen als unnöthig erklärt: Falck, Handb. des schlesw.-holst. Privatr. IV. S. 231. Wilda, Zeitschr. für teutsch. R. IV. S. 289.

181) Vgl. oben Note 176 und unten Note 185.

182) Wo Anerkennung als Kind dem außerehelichen Kinde ein Erbrecht gewähren kann, oder Concubinenkindern ein solches zugestanden wird (vgl. oben Note 174), da kommt auch eine besondere Erbfolge in eigentliches Erbe nicht vor. Vgl. oben Note 97, 98.

182a) L. 10. C. de nat. lib. (5. 27.) Nov. 12. c. 4. Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 9.

183) Kein Gesetz legt diesen Handlungen größere Wirkungen bei, und es unterliegt der Mißdeutung, wenn man sagt: die Legitimation ertheile unehelichen Kindern die vollen Rechte ehelich geborner Kinder (Thibaut a. a. O. §. 375), oder: daß die Adoption ein Agnations- und Intestaterbenverhältniß zu den Agnaten des Adoptivvaters begründe (Thibaut a. a. O. §. 384. S. auch in diesem Werke den Art. adoptio Note 33). Die verbindenden Wirkungen letzterer werden nur auf die familia des Adoptirenden und dessen sui heredes bezogen in: L. 23. D. de adopt. (1. 7.) L. 4. §. 10. D. de grad. (38. 10.) §. 2. J. de legit. agn. succ. (3. 2.)

bestehenden, ebenfalls ein teutsches Eigenthum bildenden Anwartschaft der zu dem Gute gebornen Glieder der Familie des ersten Erwerbers, in Beziehung auf Veräusserungen ein fremdes Gut für ihn ist. Dieß Verhältniß ist eben dasjenige, was man, mehr der römischen Auffassungsweise folgend, zuweilen so bezeichnet hat, daß ihm nur ein Nießbrauch zustehe[184]). Allein da, wo die teutsche Auffassungsweise fehlte und auch in Beziehung auf das Wesen des Erbfolgerechtes römische Ansicht herrschte, konnte man zu einer solchen Unterscheidung freilich nicht kommen, und der Schwabenspiegel bezeugt es, daß das geistliche Gericht den durch Ehe legitimirten Kindern ein Erbfolgerecht gleich den ehelich Geborenen, sowohl in Eigen oder Erbe als in Lehen, und auch im Verhältnisse zu allen Verwandten ihrer Eltern einräumte; daß aber die Anerkennung dieses Erbfolgerechtes von dem weltlichen Gerichte nicht mit Sicherheit anzunehmen war[185]), daß solche Kinder aber nie andere Verwandte als ihre Eltern gleich ehelichen Kindern beerben konnten[186]). — Die Ansichten des geistlichen Gerichtes können aber jetzt nur insofern in Betracht kommen, als sie wirklichen Einfluß auf weltliches Recht und Gericht haben; und so kann den Kindern dieser Art ein Erbfolgerecht in das eigentliche Erbe nur zugestanden werden, wo Gesetze es ihnen ertheilt haben oder Gewohnheitsrecht die teutschen Ansichten vernichtet hat[187]). Dasselbe muß denn um so mehr von den durch Rescript legitimirten Kindern gelten[188]), da ihnen nicht einmal jene kirchliche Ansicht oder jenes ehemalige Ansehen des geistlichen Gerichtes zur Seite steht[189]); ferner von denen, zwischen deren Eltern eine wahre[190]) Mißheurath stattgefunden, weil auch diese nicht in einer bürgerlich giltigen Ehe geboren sind, und endlich von den Adoptivkindern, denen diejenigen Rechte nicht zukommen können, welche wirkliche Blutsverwandtschaft voraussetzen[191]). Kinder

---

184) Vgl. oben Note 151 flg.

185) Schwäb. Landr. Cap. 377, S. 378. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 367, Note 7.

186) Schwäb. Landr. C. 47, Senck. 376: ... weder pabst noch kaiser die mogen in daz recht eimer gegeben, daz si ir mage geerben mogen, als ob sie in ihr muter libe ekint warin gewesie. Vgl. über Magen unten Note 500, 502.

187) Vgl. Wilda, Zeitschr. für teutsches R. IV. S. 320. Denn jene präjudicielle Kraft des Urtheiles des geistlichen Gerichtes (vgl. vor. Note) kann nicht mehr anerkannt werden. Gegen den Vorzug der geistlichen Satzungen erklärt sich aber sowohl das schwäb. Landr. C. 47, als auch das sächs. Landr. I. 3. §. 3. a. E. — Ein Berufen auf das canonische Recht, als einer durch sich selbst giltigen Quelle (vgl. oben Note 180), erscheint daher bei rein teutschen Instituten unpassend.

188) Vgl. schwäb. Landr. C. 47. Dieck, Gewissensehe §. 43. Albrecht a. a. O. S. 1283, 1284.

189) Daß blos die Rechtlosigkeit der Grund des Ausschlusses der unehelichen Geburt von der Lehnsfolge sei (Dieck a. a. O.), welche denn allerdings durch Legitimation gehoben werden würde, kann nicht zugegeben werden (Albrecht a. a. O.).

190) Darüber: Mittermaier a. a. O. §. 378, 379.

191) Vgl. Thibaut a. a. O. §. 884. Eichhorn a. a. O. §. 315, Note 6.

aus einer Ehe zur linken Hand sind in Beziehung auf eigentliches Erbe den nicht ehelich gebornen gleich, weil sie, als des Standes des Vaters nicht theilhaft, auch nicht Glieder derjenigen Familie sind, welcher er angehört, und demnach auch nicht zu dem Gute geboren sein können[192]). Daß aber Kinder aus einer Gewissensehe, sofern sie nur eine bürgerlich giltige ist[193]), den ehelich gebornen gleich stehen, versteht sich von selbst. Vorfahren oder Ascendenten eines Erblassers, auch wenn er ohne Nachkommen verstorben, die über die Eltern hinaus stehen, und deren Abkömmlinge haben kein Intestaterbfolgerecht in dasjenige Erbe, welches nicht von ihrem Blutsverwandten auf ihn gekommen ist[194]). Sie gehören zu denjenigen Blutsverwandten, welche Magen genannt werden[195]); und insofern sie Verwandte des Vaters des Erblassers, also dem letzteren von der väterlichen Seite, der Schwertseite verwandt sind, heißen sie Schwertmagen; insofern sie aber zu dessen Mutter in diesem Verhältnisse stehen, führen sie den Namen der Spillmagen, als von der Spill- oder Spindelseite verwandte[196]). Letztere sind immer Cognaten im römischen Sinne; erstere werden gewöhnlich Agnaten[197]) genannt, sind es aber dann nicht, wenn sie mit dem Vater des Erblassers durch Weiber verwandt sind. — Freies Erbe konnte in der früheren Zeit nur von demjenigen besessen werden, der die Wehrpflicht[198]) und die Dingpflicht erfüllen konnte, von der Gemeinde als dazu befähigt anerkannt und als Genosse in dieselbe aufgenommen worden war. Daher waren auch von denen, welche übrigens zu dem Gute geboren waren, von dem Rechte der Erbfolge in das Gut selbst ausgeschlossen[199]): Weiber, körperlich

---

192) Daß hier Alles auf die Bedingungen ankomme, unter denen die Ehe eingegangen, und sie nur darauf Anspruch machen könnten, eben so gut als uneheliche Kinder ihres Vaters behandelt zu werden (Mittermaier a. a. O. §. 436, Note 2, 4), wird durch II. Feud. 26. §. 5. II. 29., wo sie nur vom Lehen ausgeschlossen, in Ansehung der proprietas des Vaters aber nur den Kindern aus früheren Ehen nachgesetzt werden (vgl. oben Note 174), nicht erwiesen, und kann als gemeinrechtlich nicht betrachtet werden. Auch haben sie bestimmte Ansprüche nach preuß. Landr. II. 2. §. 519 flg.

193) Vgl. Dieck a. a. O.

194) Vgl. unten Note 233 flg.

195) Ob auch die Großeltern dazu gehören, bezweifelt Gaupp, Recht und Verf. der alten Sachsen S. 159. S. indeß Sydow, Erbr. des Sachsensp. §. 9, S. 41.

196) Deiters, de civ. cogn. et famil. nexu ex [illegible] Rom. et Germ. Bonn 1825. Sydow a. a. O. §. 9, S. 42. Gaupp a. a. O. S. 157. Andere Darstellungen (Grimm, R.-A. S. 470. Eichhorn, Einl. §. 329. Mittermaier a. a. O. §. 46) gestatten auch dem Geschlechte der Verwandten selbst einen Einfluß, und lassen es dabei ungewiß, bald ob sie dem Geschlechte des nächsten Stammparens ebenfalls einen Einfluß zugestehen, bald, wohin die Weiber von der Männerseite und die Männer von der Weiberseite gehören. Nach Mittermaier a. a. O. Note 15 sind Vatermagen von den Schwertmagen darin verschieden, daß die durch die väterliche Großmutter verwandten nicht zu ihnen, sondern zu den Muttermagen gehören.

197) Z. B. Kraut, Vormundschaft I. S. 166.

198) Phillips, Privatr. I. S. 139, 142.

199) Also nicht von der Erbfolge überhaupt und in Ansehung anderen Gutes, auch nicht von jedem Rechte an dem Erbe, zu dem sie geboren waren

oder geistig gebrechliche Männer[200]) und Fremde so wie auch Unfreie[201]). Weiber erlangten jedoch regelmäßig schon früh[202]) dieses Recht, wiewohl zuweilen mit Modificationen, z. B. so, daß diejenige den Vorzug hat, die an einen Ebenbürtigen verheurathet ist[203]); was vielleicht ursprünglich allgemein Bedingung ihrer Succession in eigentliches Erbe gewesen; oder in der Concurrenz mit gleich nah verwandten Männern und zwar nicht selten in Ansehung alles Gutes, mit einer Zurücksetzung in der Erbfolgeordnung oder mit einer Beschränkung auf einen geringeren Theil[204]). Ihre, sich bereits im westgothischen Gesetze allgemein und in Ansehung der Töchter im vermehrten Sachsenspiegel[205]) findende gänzliche Gleichstellung mit den Männern, für welche die romanistischen Ansichten[206]) im Vereine mit dem schon vor ihnen dafür

---

(vgl. unten nach Note 216). — Nur in den nordischen, außerhalb des eigentlichen Teutschland geltenden, und in den frisischen Rechten fand gänzlicher Ausschluß von allem Gute statt: Grimm, R.-A. S. 472 flg.

200) Leges Hoeli boni ed. Watton p. 348. Sächs. Landr. I. 4. Gosl. Stat. a. a. O. S. 10, Z. 19, 20.

201) Der Grund der Ausschließung konnte Rechtlosigkeit des Fremden sein und sich dann auf alles Gut beziehen; sie konnte aber auch allein in der Unfähigkeit zum Grundeigenthume liegen. — Unfreie konnten schon ohnehin nicht zu eigentlichem Erbe geboren sein, sofern sie überall kein Recht an Grund und Boden haben konnten.

202) Gänzlicher Ausschluß der Weiber von der Succession in die terra salica findet sich noch in der Lex Salica tit. 62. §. 6. In den übrigen Gesetzen der fränkischen Zeit werden sie blos zurückgesetzt. Gegen die bestimmten Worte der L. Sal. cit. will indeß auch in ihr nur eine Zurücksetzung finden: Reinhard, vom Erbfolgsrechte der Töchter S. 11. Bald wird das männliche Geschlecht überhaupt den Weibern vorgezogen (L. Rip. tit. 56. §. 4.), welcher Vorzug indeß nur auf Schwertmagen zu beziehen sein wird (L. Angl. et Verin. tit. 6.), denen auch ein Vorzug vor männlichen Spillmagen gegeben wird, sofern von Succession in eigentliches Erbe (terra aviatica) die Rede ist (L. Sal. tit. 62.); bald aber hat nur der Sohn vor der Tochter diesen Vorzug (schwäb. Landr. Cap. 148, Senck. Cap. 285, vgl. L. Alam. tit. 57. 88., L. Baiuv. tit. 14. c. 7. §. 8. c. 8. §. 1. c. 9. §. 1. 8. und Gaupp, Recht der Sachsen S. 164 flg.; ferner wo die Zurücksetzung sich auf alles Gut erstreckt, wenn nicht von einem Weibe die Gerade geerbt wird: L. Burg. tit. 14. c. 1. tit. 51. c. 3. Lex Angl. et Verin. tit. 6. L. Saxon. tit. 7. §. 1. Sächs. Landr. I. 17. [wo jedoch die Zurücksetzung der Weiber auf den ganzen Stamm (vgl. unten Note 494) sich erstreckt], vgl. mit Sydow, Darstell. des Erbr. des Sachsensp. [illegible]7).

203) L. A[illegible] tit. 57. Schwäb. Landr. Cap. 325. Senckenb. 299.

204) So in den nordischen und frisischen Rechten, die früher die Weiber ganz ausschlossen, und in Ansehung alles Gutes, auf die Hälfte. Grimm, R.-A. S. 407. Wo sich diese Rechte mit dem römischen vermischt haben, ist diese Beschränkung zuweilen auf die Concurrenz von Söhnen und Töchtern eingeschränkt, wie im Eiderstedter Landr., im Husumer und Friedrichsstädter Stadtr.

205) Böhme, dipl. Beitr. IV. S. 6, 12. Vgl. schles. Landr. C. 859. Gaupp, schles. Landr. S. 93.

206) Den Einfluß des röm. R. bestreitet: Fischer, Erbfolgsgesch. der Seitenverw. S. 82 flg. und a. a. O. S. 201 flg., 210 flg. Beim Bürgerstande findet sich die Gleichstellung schon so früh, daß man sie nicht einmal romanistischen Ansichten zuschreiben kann, nämlich bereits in Statuten des 13. Jahrh. S. Fischer a. a. O. S. 211, Note c. Allein bei den Westgothen

hätigen kirchlichen Einflusse wirken, wird bei dem Stammgute regelmä-
ig durch Hausverträge oder Familienfideicommisse und Erbverzichte aus-
eschlossen[207]). Außerdem hat sich eine Zurücksetzung der Weiber parti-
ularrechtlich in Statuten, welche friesische und jütische Elemente in sich
ufgenommen haben, in einer Beschränkung auf einen geringeren Antheil
n allem Gute erhalten[208]). So lange und insofern Weiber von der
Succession in das Erbe ausgeschlossen waren, mußten auch Spillmagen
avon ausgeschlossen sein, weil kein Erbe, zu dem sie geboren worden,
on dem weiblichen Erblasser hinterlassen sein konnte. Als dieser Aus-
chluß hinweggefallen war, bildete sich in Ansehung des Erbes[209]) das
Fallrecht, oder die Regel: paterna paternis, materna maternis, das
us recadentiae, revolutionis[210]), vermöge dessen das Erbe eines ohne
Nachkommen Verstorbenen wieder an diejenigen fällt, aus deren Familie
s herrührt. Auf solches Gut kann es daher nicht bezogen werden, wenn
ich eine Zurücksetzung der Spillmagen nach den Schwertmagen fin-
et[211]). So lange ferner Weiber nicht in eigentliches Erbe succediren
onnten, konnte auch Niemand, von dessen väterlichen Ascendenten noch
iner von männlichem Geschlechte lebte, eigentliches Erbe inne haben, es
i denn, daß bei dessen Leben schon eine sogen. anticipirte Succession

---

L. Wisig. IV. 2. 9.) läßt sie sich doch nur solchem Einflusse zuschreiben. S.
Gundling, de renunc. hered. fil. illustr. c. 1. §. 17.

207) Vgl. Gundling l. c. c. 4. Senckenberg, de succ. filiar.
n regn. et principal. c. 6. Böhmer, de fundam. partor. famil. ad fidei-
omm. inclin. c. 2. §. 6. Gehen sie dahin, daß Töchter selbst durch andere
ls Söhne von der Succession ausgeschlossen sein sollen, so sind sie allerdings
icht blos zur Verwahrung gegen das römische Recht errichtet, und insofern ist
ie Meinung von Fischer a. a. O. S. 215 flg. richtig. — Wird ein sol-
er Verzicht von ihnen verweigert, so können sie nicht behandelt werden, als
 sie verzichtet hätten. Nur da läßt sich dieser in Teutschland vorkommende
ebrauch rechtfertigen, wo der Verzicht blos dasjenige Verhältniß, welches das
utsche Recht schon begründet hat, und zuweilen noch gesetzlich anerkannt ist
Brem. Ritterr. T. 1, §. 1), befestigen soll. Vgl. Reinhard, Erbfolgsrecht
r Töchter u. s. w. S. 109 flg.

208) Vgl. oben Note 204. Paulsen, schlesw. holst. Privatr. S. 320,
31—339. Mittermaier a. a. O. §. 434, Note 14, 19, §. 438a, Note 22.

209) Nur bei diesem, nicht bei Mobilien nach: anc. coutumes de Bour-
gne Tit. 20. art. 229. 230.; grand coutumier de France feuill. 55. Cout.
Lille art. 8. Biens meubles ne saivent estoc, coté ni line.

210) Auch droit de rechûte, echoite, escaeta genannt. S. Fischer,
bfolgsgeschichte der Seitenverwandten S. 1 flg., 22 flg., 77 flg. Es ist aber
ht auf eigentliches Erbe beschränkt geblieben, sondern findet auch in Ansehung
 Erbgutes in seiner späteren Erweiterung (vgl. oben Note 121 flg.) statt,
ern es in Immobilien besteht. Ebendas. S. 37, 38. Es fand sich nament-
 in Frankreich und den Niederlanden (z. B. cout. de Liège a. 13.), in
ischen (vgl. Kaiserr. II. 95.) und schwäbischen Gegenden (schwäb. Landr.
—283), so wie in den Ostseeprovinzen: Mittermaier a. a. O. §. 436,
 46—48. Warnkönig, flandrische Rechtsgesch. Bd. I, U. B. S. 31,
 II, Abth. 1, S. 54. — S. auch unten Note 383 flg.

211) So Lex Angl. et Verin. tit. 6.; ferner L. Sal. emend. tit. 62.
. 4. in Ansehung der Seitenverwandten der Eltern, während die anderen
te, wohl irrig (vgl. Maier a. a. O. S. 116), das Verhältniß umkehren.

eingetreten wäre; was man wahrscheinlich, eben so wie eine verbotene Veräußerung, als einen gänzlichen Untergang des abtretenden Ascendenten in Ansehung aller Familienrechte hinsichtlich dieses Gutes betrachtete[212]. Darin, und nicht etwa in der Qualität eines Ascendenten an und für sich, ist der Grund dafür zu suchen, daß den Ascendenten zuweilen das Erbfolgerecht abgesprochen[213]), wiewohl zuweilen ihnen doch ein Nießbrauch gestattet wird[214]). Die Unfähigkeit Fremder konnte schon in früherer Zeit durch Aufnahme in die Gemeinde, namentlich in den Stadtgemeinden durch Erwerbung des Bürgerrechtes, gehoben werden[215]); und heutzutage sind sie, wo dieß nicht noch erforderlich ist, in Ansehung vom Erbe keinen anderen Beschränkungen unterworfen, als denjenigen, welche auch bei anderen verlassenen Gütern in Ansehung ihrer stattfinden[216]). Auch der Ausschluß gebrechlicher Männer ist heutzutage hinweggefallen; ausgenommen beim Stammgute des hohen Adels, wo indeß der Grund in dem Lehnsverhältnisse oder in der mit dem Innehaben des Gutes verbundenen Ausübung der Regentenpflichten zu suchen ist, und bei Bauerngütern, wegen Unfähigkeit zur Bewirthschaftung derselben. Diese im übrigen zu dem Gute geborenen, aber nur zum Eintritte in die Herrschaft über dasselbe unfähigen Personen haben indeß nichtsdestoweniger (von dem antiquirten Falle der Rechtlosigkeit des Fremden abgesehen, eben so wie von den nicht mehr vorkommenden Unfreien) ein ius successionis; es fehlt ihnen nur, entweder für immer oder nach einem gewissen Erblasser (bei bloßen Zurücksetzungen) das ius succedendi. — Dadurch muß jenes Recht denn allerdings in so weit modificirt werden, als der Mangel der Fähigkeit zur eigenen Ausübung desselben es mit sich bringt. — Bei gebrechlichen Männern scheint selbst, gleichsam als wenn sie zur Succession gelangt wären, ihr nächster Erbe zur Succession gerufen zu sein[217]), und sie haben ein Recht auf Unterhalt an dem Gute, den der statt ihrer succedirende Erbe ihnen zu verabreichen hat, so weit der Werth des Gutes dazu hinreicht[218]). Von der Succession gesetzlich ausgeschlossenen Weibern scheint ein solcher Anspruch wenigstens dann nicht abgesprochen werden zu können, wenn sie Nachkommen des

212) Vgl. Posse, Prüfung des Unterschiedes zwischen Erbfolgerecht und Erbfolgeordnung S. 97, 98. — Ein Versterben von eigentlichem Erbe von einem Descendenten auf einen Ascendenten ist auch nicht möglich, weil dieser nicht durch jenen von einem Stammvater abstammt.

213) Consuet. gener. Ducat. Burg. art. 27. Anc. coutumes de Bourgogne art. 240. Cout. de Bourg. du Duc Philippe. Rubr. des successions §. 6. Const. de Paris tit. de success. a. 312. II. Feud. 50.

214) Lex Burg. tit. 78. Lauriere, notes zu Loiset, inst. cout. I. p. 409. (Les propres ne remontent pas: ibid. p. 400.)

215) Vgl. Gosl. Stat. a. a. O. S. 7, Z. 35 flg.

216) Entrichtung des Abschoß. Vgl. z. B. Gosl. Stat. a. a. O. S. 7, Z. 24 flg.

217) Göschen a. a. O. S. 187.

218) Sächs. Landr. I. 4. Verm. Sachsensp. I. 8. 9. bei Böhme und I. 5. 10. bei Ortloff. Vgl. I. Feud. 6. §. 2.

Erblassers sind[219]). Ein Anspruch auf eine Entschädigung für die Zurücksetzung, eine Abfindung oder eine Aussteuer kann ihnen aber selbst dann, wenn sie Nachkommen des Erblassers sind, nicht zugesprochen werden, sobald das eigentliche Erbe ein von dem übrigen Nachlasse, in dem sie zur Succession neben den gleich nahen Männern gelangen, ausgesondertes besonderes Gut bildet[220]) oder, wo dieß nicht der Fall, ihnen ein besonderer Vermögenstheil zugewiesen ist[221]), sondern jedenfalls nur dann, wenn sie Nachkommen und von allem nachgelässenen Gute durch die Männer ausgeschlossen sind[222]). Wo indeß letzteres eintritt, wie nach dem burgundischen, dem thüringischen (wenn nicht der Ausschluß von den Grundstücken durch andere als die Nachkommen des Erblassers bewirkt wird[223])) und dem sächsischen Gesetze, so wie nach sächs. Landr., bei der Beerbung eines Mannes durch die Nachkommen[224]) wird eben so wenig ein solcher Anspruch anerkannt. Es scheint daher, daß die weiblichen Nachkommen hier mit demjenigen, was von der Mutter auf sie verfallen war oder verfallen konnte, statt einer Aussteuer sich begnügen müssen[225]). Der Anspruch auf Aussteuer oder auf Heurathsgut, welcher den vom Lehen[226]), vom Stammgute des Adels oder von einem Bauerngute ausgeschlossenen weiblichen Nachkommen[227]) im späteren Rechte gegen den in dessen Besitz eintretenden Erben gestattet wird, kann demnach nur aus der nach und nach geltend gewordenen Ansicht einer Gleichheit des Erbfolgerechtes derselben mit den männlichen Nachkommen, dessen Ausübung durch eine Herrschaft über das Gut selbst nur durch besondere auf dieses sich beziehende Verhältnisse gehindert wurde, abgeleitet werden.

---

219) Dafür spricht die Ausbedingung eines den künftigen Unterhalt des Weibes sichernden Witthums von Seiten der Verwandten, die das mundium haben (welche die nächsten Erben ihres Vaters sind, wenn er es nicht selbst ist), bei der Verheurathung (vgl. Fischer a. a. O. [Gesch. der teutsch. Erbf.] I. S. 196 flg., 221. Grimm, R.-A. S. 420 flg.), so wie der heutige Gebrauch bei Bauergütern. Vgl. Eichhorn a. a. O. §. 330, Note e.

220) Denn wenn dann auch kein anderes Gut vorhanden ist, so hängt es doch von der Gnade der Successoren ab, ob sie ihnen etwas und wie viel sie ihnen geben wollen: schwäb. Landr. C. 148. Senck. 285.

221) Wie in der sächs. Gerade. Vgl. oben Note 97 und unten Note 297 flg.

222) Also z. B. wenn nach sächs. Landr. die Töchter von den Söhnen vom Nachlasse des Vaters ausgeschlossen wurden; wiewohl es eben so wahrscheinlich ist, daß sie dann nur an den Nachlaß der Mutter verwiesen waren, von dem ihnen jedenfalls die Grade verbleiben mußte. In späterer Zeit scheint man indeß einen Anspruch auf Aussteuer immer anerkannt zu haben: Runde, Privatr. §. 585, und dazu Danz, im Handb.

223) Denn dann bekam die Tochter die terra und mancipia (L. Angl. et Verin. tit. 6.), während sie nach den anderen Rechten diese Erben ausschloß.

224) Vgl. oben Note 202, 222.

225) Vgl. oben Note 222.

226) S. Eichhorn, Einl. §. 235, Note c, §. 362.

227) Beim Stammgute bestimmen darüber regelmäßig Hausgesetze, so wie bei Familienfideicommissen die Stiftungen: Runde a. a. O. § 586, 587. Ueber Bauerngüter: Eichhorn a. a. O. §. 302, 364, und in diesem Werke Bd. I, S. 637 flg.

Sie stehen also denjenigen männlichen Nachkommen gleich, die durch gesetzliche Untheilbarkeit des Gutes auf gleiche Weise von demselben ausgeschlossen werden, und dagegen ein Recht auf eine Abfindung dafür haben[228]). Zuweilen ist die Quantität dieser Abfindung ein für allemal bestimmt[229]); sonst muß sie in einem verhältnißmäßigen Theile des zu ermittelnden Werthes des Gutes bestehen[230]), wobei indeß dem Nachfolger in den Besitz zuweilen der Vortheil eingeräumt ist, daß sein freier Antheil des Werthes größer ist, als die Antheile der übrigen[231]). Das Recht auf Unterhalt und Abfindung von dem eigentlichen Erbe kann durch Dispositionen des Erblassers wider den Willen der Berechtigten ihnen eben so wenig entzogen oder geschmälert werden, als dadurch ein zur wirklichen Nachfolge in dasselbe Berechtigter von dieser ausgeschlossen werden kann[232]); also nur wenn Enterbungsursachen vorhanden sind[233]), welche indeß bei dem Rechte auf Unterhalt nur insofern wirksam sein können, als es sich von dem Rechte an dem Gute, nicht von der davon verschiedenen auf der Verwandtschaft beruhenden Alimentationspflicht handelt, und nicht rechtlich begründete Interessen anderer Personen entgegenstehen[234]). — Die Regulirung des ersteren, welches zuweilen auch der Wittwe, so wie dem Interimswirthe[235]) zusteht, geschieht, wenn die Verabreichung nicht etwa nur als eine interimistische erscheint, gewöhnlich durch die Bestellung einer Leibzucht, und es ist den Berechtigten zuweilen selbst die Befugniß entzogen, auf diesen Unterhalt ohne Zustimmung der Obrigkeit oder des Gutsherrn zu verzichten[236]), was sich aus dem

---

228) Vgl. unten Note 268 flg.

229) So z. B. in der Lippe'schen Polizeiordn. v. 1620, Tit. 7, §. 3.

230) Bei Bauerngütern kommt dieser zuweilen gar *nicht in Anschlag*. Vgl. Eichhorn a. a. O. §. 364. Dann findet aber auch in Ansehung des Gutes selbst keine Gleichheit der Erbfolgeberechtigung statt, sondern der sogen. Anerbe ist der alleinige Erbe des Gutes. Ist dasselbe einer Grundherrlichkeit in der Art unterworfen, daß eigentlich nur die Melioriation, sogen. untrennbares Alod, allein das Gut des Bauern ist, so beschränkt sich seine ausschließliche Succession freilich hierauf, wenn man nicht den Besitz und Nutzen des Gutes an sich als ein besonderes Gut betrachtet. Dieß muß man aber allerdings, und darin besteht hier das eigentliche Erbe allein, zu dem das untrennbare Alod nur Zubehör ist. — Man unterscheidet hier zwei Systeme, je nachdem man den Anerben als den alleinigen Erben in Ansehung des Erbe, oder nur als einen Miterben betrachtet. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 498, Note 5.

231) So namentlich in Ansehung des untrennbaren Alod. Vgl. oben Note 230 und Eichhorn a. a. O. §. 364, Note m, und das. [illegible] — Es hängt hier überhaupt Alles von particulären Gebräuchen und Normen ab, die verschieden sind nach den Verhältnissen zum Gute, und je nachdem romanistische oder teutsche Auffassungsweise vorgeherrscht hat.

232) Vgl. oben Note 110.

233) Vgl. unten nach Note 285 flg.

234) Vgl. unten Note 286 flg.

235) Eichhorn a. a. O. §. 365, Note b.

236) Wo bei einer solchen Vorschrift auch nur die Leibzucht der abtretenden Eltern, als der gewöhnlichere Fall, ins Auge gefaßt zu sein scheint (vgl. schlesw. holstein. Verordn. v. 20. Jan. 1797), da wird man es doch ebenfalls auf die Leibzucht der Successionsunfähigen beziehen dürfen, welche freilich nur

Interesse erklärt, welches diejenigen haben, denen im Falle der Verarmung die Ernährung dieser Personen obliegen würde, wie der Gemeinde oder dem Gutsherrn oder Grundherrn[237]); und aus eben demselben Grunde ist auch derjenige, der das Erbe bei seinen Lebzeiten schon an seine nächsten Erben abtritt, eines Verzichtes auf den Unterhalt oder die Leibzucht an demselben zuweilen für unfähig erklärt, wenn nicht die gedachte Zustimmung hinzutritt[238]). Hier erscheint denn die Verpflichtung des Inhabers des Gutes zur Reichung des Unterhaltes, und die zur Erfüllung derselben bestellte Leibzucht nicht nur als ein Ausfluß des ius successionis des berechtigten Nachkommen, sondern auch, und zwar auch bei dem abtretenden Erblasser, als Ausfluß einer der Gemeinde oder dem Gutsherrn gegenüber auf dem Gute haftenden Reallast[239]). In Ansehung derjenigen, denen gesetzlich ein ius succedendi in das eigentliche Erbe zusteht, finden sich ähnliche Bestimmungen freilich nicht; und es ist demnach ein freier Verzicht derselben auf dasselbe und auf ihr ius successionis überall nicht ausgeschlossen[240]). Wenn indeß durch die Disposition ihres Stammvaters oder ihren eigenen Verzicht blos die Ausübung des ihnen gesetzlich bereits zuständigen ius succedendi (die Gelangung zur Herrschaft über das Erbe, oder hier gewöhnlich das Stammgut) hinausgeschoben, der Anspruch auf den Ertrag der Nutzungen des Gutes also bereits zu ihrem Antheile in ihr Vermögen gekommen, aber einem anderen Miterben die Herrschaft über das Gut als ein Voraus vor ihnen zugewendet ist[241]), so entsteht ein ähnliches, aber nicht auf das Maß des Bedürfnisses in Ansehung des in ihm enthaltenen Anspruches der Zurückgesetzten beschränktes Verhältniß. — Zur Zeit der Rechtsbücher scheint es in Teutschland freilich noch nicht vorgekommen, sondern unter mehreren zugleich berufenen Intestaterben entweder das Gut selbst getheilt zu sein, oder unter ihnen eine gemeinsame Ausübung der Herrschaft über das Gut, zuweilen unter der Leitung des ältesten von ihnen, welcher die übrigen, wenn sie Geschwister, dann auch Anderen gegenüber rechtlich zu

---

bestellt zu werden pflegt, wenn alle Aussicht zu anderweitiger Versorgung oder Ernährung mangelt.

237) Das Interesse des Grundherrn ist gewöhnlich schon durch Hof- oder Meierrechte festgestellt, und wo dem Landesherrn die Grundherrlichkeit zusteht, sind Streitigkeiten über dieses Verhältniß zuweilen der Domänenkammer zugewiesen (vgl. Oesterley, Handb. des bürgerl. u. s. w. Proz. für das Königr. Hannover I. S. 4—6).

238) Vgl. oben Note 236.

239) Also nicht etwa deßhalb, weil die freiwillige Abtretung des Gutes bei Lebzeiten ein Erbvertrag ist, der eine Aufnahme des Erben in das Gesammteigenthum begründet (wie Eichhorn a. a. O. §. 365 annimmt). Für die Qualität der Reallast auch: Runde, Zeitschr. für teutsch. R. VII. S. 24 flg. S. auch in diesem Werke den Art. Auszug Bd. I, S. 522. Ohne Rücksicht auf das Verhältniß zur Gemeinde oder zum Gutsherrn kann die Leibzucht nur Reallast sein auf den Grund eines ius successionis, oder vermöge der ihr beiwohnenden Natur eines Abfindungsquantums.

240) Wie sich dieß namentlich beim Adel zeigt.

241) Vgl. unten Note 249 flg.

vertreten für befugt gehalten wurde, stattgefunden zu haben[242]). Zuweilen fand auch die Theilung nur in der Art statt, daß sie periodenweise in dem Bezuge der Nutzungen abwechselten, eine Art der Theilung, welche man vorzugsweise unter dem Ausdrucke: Mutschirung hat verstehen wollen[243]); und namentlich beim Lehen, wo der Lehnsherr von mehreren Lehnsfolgern nur einen mit dem Ganzen zu belehnen verpflichtet war, der in Ermangelung anderer Bestimmungen darüber[244]) entweder von ihnen[245]) in Territorien, zuweilen auch von den Ständen[246]) gewählt, und demnach allein der Lehnsfolger nach Lehnrecht wurde, während die übrigen nach Landrecht ebenfalls Erbfolgerechte an dem Lehngute hatten[247]); wurde auch die reelle Theilung unter den Erben nur als eine Nutztheilung betrachtet, so daß sie anderen gegenüber als in der Gemeinschaft verblieben angesehen wurden, wodurch jedem von ihnen dann auch ein ius successionis an dem Antheile des anderen verblieb[248]). Hier, so wie auch dann, wenn einem von ihnen, gewöhnlich dem ältesten, bloß ein einzelner Theil als Vorzug oder principatum[249]), praecipuum nobile[250]), z. B. eine Burg[251]), mit der man die Landesherrlichkeit verbunden hielt, das adelige Stammhaus[252]) zugewiesen war, oder einer allein die Huldigung der Untergehörigen empfing[253]), die Lehen empfing oder ertheilte[254]); behielt noch jeder selbst die Ausübung der ihm

242) Vgl. sächs. Landr. I. 12. 13. Dem ältesten wird die Befugniß zur Vertretung bei Gericht (bayer. Landr. v. 1340 Cap. 118, vgl. Cap. 98) und zum Empfange der Lehen für die übrigen (Kaiserr. III. Cap. 29) zugesprochen. — Auch Regierungsrechte bleiben zuweilen gemeinschaftlich. Vgl. die bei Lünig, Reichsarchiv Sp. Sec. XLVII. nr. 50. p. 1284. 1286. nr. 53. p. 1290. und bei Fischer a. a. O. I. S. 158, 159, Note h, genannten Verträge.

243) Kaiserr. III. Cap. 11, 12. Maurer, von der Succession in Lehen und Stammgüter S. 73 flg. Danz, Handb. des teutsch. Privatr. nach Runde S. 363. Ueber die Etymologie: Mittermaier a. a. O. §. 468, Note 4.

244) Vgl. oben Note 242.

245) Vet. Auct. de benef. I. 85. Sächs. Lehnr. 34. Schwäb. Lehnr. 31. §. 2.

246) So nach einem Lippischen Einigungsbriefe von 1368, und für einen gewissen Fall auch nach einer Disposition des Grafen Wilhelm von Tübingen von 1236. Vgl. Fischer a. a. O. I. S. 176, 177, und über ein gleiches Verhältniß in Holstein: Michelsen, in der Zeitschr. für teutsches R. Bd. III, Nr. 3.

247) Sächs. Landr. I. 14.

248) Coinvestitura iuris Germanici: vgl. Eichhorn a. a. O. §. 209. — Im Hofrechte kommt zuweilen Aehnliches vor.

249) Estor, bürgerl. Rechtsgelehrsamkeit II. §. 3403, S. 259.

250) Mittermaier a. a. O. §. 444, Note 3.

251) Charta Henrici com. de Helfenstein bei Hontheim, hist. dipl. Trevir. II. p. 37.

252) Vgl. Statute aus niederrheinischen Gegenden bei v. Kamptz, Jahrb. Heft 92, S. 284 flg.

253) Chron. Marcan. bei Meibom, script. rer. Germ. p. 381.

254) Vgl. Fischer a. a. O. I. S. 158 flg. und das. nachgewiesene Zeugnisse bei Lünig a. a. O., auch Geschichte des Hauses Geroldseck Anh. n. 93. n. 67.

zugefallenen Eigenthumsrechte. Erst dann änderte sich dieß, als man durch besondere Erbfolgeordnungen auch diese Theilung des Nutzens ausschloß[255]. An die Stelle des Antheiles am Nutzen selbst trat hier ein Surrogat, nämlich eine Vergütung für denselben; beim Adel, wo allein in der Regel dieses Institut sich findet, die Apanage genannt[256]. Sie oder deren Betrag ist eben dieser ihrer Eigenschaft wegen auch ganz unabhängig davon, ob die dazu Berechtigten dieser Verabreichung zu ihrem standesmäßigen Unterhalte bedürfen oder nicht[257], ob sie den Betrag des römischen Pflichttheiles erfüllt oder übersteigt[258]; und es kann Mehrung oder Minderung des Betrages gefordert werden, jenachdem das Gut selbst eine solche erleidet[259]. Dieß muß aber dann eine Ausnahme leiden, wenn die Disposition, durch welche die Apanage constituirt ist, Güter betrifft, welche bei dem Disponenten nicht die Eigenschaft des eigentlichen Erbe hatten, also zu seinem freien Vermögen gehörten; in welchem Falle aber die Disposition die Grenzen einer bloßen Regulirung der Intestaterbsfolge überschreitet, und an ihre Stelle eine Erbfolge aus letzter Willensordnung oder Erbvertrag setzt, und der Apanage ihr eigenthümlicher Charakter fehlt. Als Ausfluß des Erbfolgerechtes an dem Gute, was sie aber in dem ebengenannten Falle nicht sein würde, liegt ihr ein dingliches Recht an demselben zum Grunde; sie kann, eben so wenig wie dieses, den Berechtigten durch einseitige Dispositionen eines Stammvaters oder Erblassers entzogen werden[260], und nimmt vermöge ihres Grundes die Gestalt und Natur einer auf dem Gute ruhenden Reallast an[261]. Nur dann würde dieß anders sein, wenn durch einen eine privative Novation enthaltenden Vertrag an die Stelle der Befugniß zur eigenen Ausübung des angeerbten Rechtes die Apanage gesetzt wäre; wo sie ganz in das so constituirte Verhältniß übergehen würde. Auch wenn sie bei Landesherrlichkeiten, wo jetzt das besondere Grundeigenthum der landesherrlichen Familie, das Domanialgut, und ihre besonderen Nutzungs- und Erwerbsrechte an und in den Territorien, die sogen. niederen Regalien, überhaupt das Kammergut, bleibend

255) Vgl. unten Note 525 flg.

256) Sie wird, eben so wie die Erbfolge nach Erstgeburtsrecht (Fischer a. a. O. I. S. 165—167, und unten Note 525 flg.), als ein Institut französischen Ursprunges angesehen (Pütter, prim. lin. iur. priv. Princip. Germ. I. c. 5. §. 49.).

257) Die Ableitung von: apanare, i. e. panem ac cibum porrigere (Ducange, gloss. h. v. Cout. de Nivernois XXIII. 24.) deutet indeß darauf hin, daß man einen Zusammenhang dieses Rechtes des Gleichberechtigten mit dem Rechte auf Unterhalt des Zurückgesetzten gefunden hat.

258) Deßhalb darf man aber doch nicht mit Mittermaier, a. a. O. §. 451, nach Note 7, sagen, daß die Größe des Erbantheiles den Betrag der Apanage nicht bestimme. Gegen die Meinung älterer Juristen, daß der Betrag des römischen Pflichttheiles hier maßgebend sei, auch Fischer a. a. O. I. S. 170, 171 flg., der hier von einem teutschen Pflichttheile redet.

259) Mittermaier a. a. O. Note 15, 16, 17.

260) Fischer a. a. O.

261) Eichhorn a. a. O. §. 164, Note d.

zur Verwendung für die Regierungszwecke bestimmt zu sein, und dagegen in constitutionellen Ländern dem Landesherrn eine Civilliste ausgesetzt zu sein pflegt, aus der für die Regierungszwecke bestimmten Casse, der Landescasse[262]), bestritten und nöthigenfalls durch Steuern aufgebracht wird, kann sie dadurch nicht aufgehört haben, eine auf dem Lande ruhende Last zu sein, eben so wenig wie die, namentlich auch schon in früherer Zeit bisweilen vorkommende durch Abgaben der Unterthanen aufzubringende Fräuleinsteuer[263]), mit welcher der ebenfalls zu den Erbfolgerechten gehörige Anspruch der Töchter eines Landes oder Grundherrn auf eine Aussteuer bei der Verheurathung gedeckt wird. *Besteht* sie, ohne daß dieß durch eine privative Novation bewirkt worden, *in der eigenen Benutzung* gewisser Güter, ist sie das Paragium[264]), so ist das Verhältniß nur das der Nutztheilung[265]). Eine Vererbung der Apanage selbst tritt insofern ein, als sie immer demjenigen zufällt, auf den das ihr zum Grunde liegende ius successionis[265a]) vererbt[266]). Fehlt es an solchen, so erlischt die Apanage[267]). — Das Recht auf eine Abfindung ist eben so, wie das auf Unterhalt, die deßfallsige Leibzucht, und das Recht auf eine Aussteuer, worin zuweilen der ganze Abfindungsanspruch besteht[268]), vermöge des zum Grunde liegenden ius successionis ein dingliches Recht an dem Gute[268a]); und man kann auch keineswegs annehmen, daß durch die Constituirung eines Surrogates für das Erbfolgerecht dieses untergehe, weil dadurch blos die Art und Weise der Realisirung desselben festgesetzt wird; es sei denn, daß ein besonderer Grund für eine privative Novation vorhanden wäre. — Zwar unterscheidet sich die Abfindung, welche auch dann, wenn der Bauer für sein Gut den Anerben ernennt, den übrigen Erbberechtigten *zu Theil wird*[268b]), und die Aussteuer, wo sie die Stelle derselben *vertritt*, da-

---

262) Vgl. Rotteck und Welcker, Staatslexikon Art. Apanage.

263) Vgl. Runde, teutsch. Privatr. §. 588.

264) Griesinger, in der Forts. von Danz, Handb. des teutsch. Privatr. VIII. S. 116 flg.

265) Nur ist sie keine gleiche, indem einer das praecipuum nobile hat. Vgl. Griesinger a. a. O.

265a) Im romanistischen Sinne. Vgl. oben nach Note 107 und unten nach Note 462, Note 528.

266) Wo dieß (System der Beerbung) nicht stattfindet, sondern vielmehr jedes Familienglied eine besondere Apanage hat, welche mit seinem Tode erlischt (vgl. Mittermaier a. a. O. §. 444, Note 9), da ist die ursprüngliche Natur der Apanage schon verändert, und ein Verhältniß geschaffen, welches die Grenzen einer bloßen Regulirung der Intestaterbfolge in seinen Folgen überschreiten kann.

267) In Ansehung der Erbfolge in das Gut selbst ist dann das Verhältniß so, als ob der Apanagirte nie zur Succession gerufen gewesen wäre.

268) Z. B. Lippische Polizeiordn. v. 1620 Tit. 7, §. 3.

268a) Reallast: Runde, Zeitschr. für teutsch. R. VII. S. 27 flg.

268b) Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen der Ernennung des Anerben beim Bauernstande und beim Adel, wiewohl bei letzterer auch eine Abfindung der anderen Betheiligten eintreten kann. Allein da beim Bauernstande sich das Institut der Apanage nicht gebildet hat, so ist das, was letzteren auf

durch von dem Rechte auf Unterhalt, so wie von der Apanage, daß der Abgefundene dadurch, gleich wie ein Theilnehmer an einer definitiven Erbtheilung, und eben so als wenn er in der That vollkommen geerbt, aber sein dadurch erworbenes Recht an dem Gute gegen einen Preis seinem Miterben aufgegeben hätte, von der dermalen eröffneten Erbfolge gänzlich ausgeschlossen wird[269]), während diese den abzunährenden Erben und den Apanagirten noch immer dem Rechte nach eröffnet bleibt, und der wirkliche Eintritt in die Herrschaft des Gutes nur durch das Eintreten eines Anderen aufgeschoben ist, wenn auch dieser Aufschub im Resultate einem gänzlichen Ausschlusse gleich stehen kann[270]). So fordern es wenigstens die historischen Grundlagen der Institute; und es scheint, daß man blos wegen Gebrechlichkeit ausgeschlossene Männer nicht den ausgeschlossenen oder zurückgesetzten Weibern, vielmehr den Unmündigen oder, da kein bestimmter Zeitpunkt des Eintrittes ihrer Fähigkeit anzunehmen steht, den Apanagirten gleich stellen muß, insofern es sich von dem Einflusse auf die Succession handelt. — Allein man wird regelmäßig, wenn seine Unfähigkeit nur als eine vorübergehende erscheint, zwar eine interimistische Administration bis zur Erlangung der Fähigkeit anordnen, wenn aber dieses nicht der Fall ist, ihn in Beziehung auf die Succession selbst als todt behandeln[271]), was denn consequent die Folge hat, daß seine Nachkommen, welche nicht etwa vermöge des sogen. Repräsentationsrechtes[272]) an seine Stelle traten, von einer Succession nach dem dermaligen Erblasser ganz ausgeschlossen würden, und wenn der, welcher an die Stelle ihres Parens trat, wiederum hinwegfällt, dessen ihm näheren Erben nachstehen[273]). — Ein Anspruch auf Unterhalt wird auch den Abgefundenen für den Fall des Bedürfnisses zugestanden, so lange die Abfindung blos constituirt, aber noch nicht verabreicht ist, und das Gut die Last tragen kann[274]). — Das Abfindungsquantum kann unter Umständen zwar als ein bei

---

den Grund ihres Successionsrechtes zu Theil wird, im Zweifel immer Abfindung.

269) Ihr angebornes ius successionis überhaupt könnte ihnen aber doch nur dadurch entzogen sein, wenn die Abfindung vermöge ihrer freien Willkür erfolgt wäre und so als eine Veräußerung angesehen werden könnte, die dem Gute die Eigenschaft des eigentlichen Erbe raubte. S. indeß Eichhorn a. a. O. §. 364, Note e. Mittermaier a. a. O. §. 497, Note 21, §. 498, Note 19.

270) So wenn der Apanagirte und dessen Erben versterben, ohne zur Succession gelangt zu sein, wenn der Abzunährende die Fähigkeit zur Succession nicht erlangt, oder wenn er sie erlangt hat, keine neue Eröffnung der Succession erlebt, auch keine fähigen Nachkommen hat.

271) So wenn man den Unfähigen, wenn er auch im fähigen Zustande eine neue Eröffnung der Succession erlebt, nicht weiter zur Succession gelangen läßt; ein Punkt, über den wohl schwerlich irgendwo eine feste Ansicht besteht.

272) Vgl. unten Note 492.

273) Consequent sollte derjenige, welcher statt des Unfähigen erbt, eben so behandelt werden, als im älteren Lehnrechte der Lehnsvormund. Vgl. auch oben Note 217, 218.

274) Dagegen pflegt denn der Zinsengenuß hinwegzufallen.

der Erbtheilung ausgeworfener Preis für das Gut erscheinen; und in diesem Falle würde der Abgefundene nur nach den Grundsätzen vom Verkaufe sein aufgegebenes Recht behalten, so lange nicht dieser Preis baar oder durch eine Novation bezahlt oder als bezahlt zu betrachten, oder wegen desselben freiwillig Credit gegeben wäre, und für diesen Fall erscheint eine dingliche Eigenschaft der sogen. Erbegelder und ein derselben entsprechender Vorzug im Concurse allerdings als gerechtfertigt[275]). Allein so bald die Annahme einer Abfindung nicht in der freien Willkür des Abgefundenen stand, so unterscheidet sich dieselbe von einer Erbtheilung wesentlich dadurch, daß die in dieser liegende privative Novation des Verhältnisses nicht eingetreten ist, der Anspruch also seinen frühern dinglichen Charakter unter allen Umständen (wiewohl abgesehen von etwa hinzutretenden willkürlichen Veränderungen, z. B. Bestellung einer Hypothek) behält[276]), auch wenn er in terminlichen Geld- oder Naturalleistungen besteht. Eben dasselbe gilt denn auch von dem bei seinen Lebzeiten das Gut dem Intestaterben abtretenden Bauern in Ansehung der Leibzucht, sobald sein Verhältniß der Art ist, daß er nur die Alternative zwischen eigener Bewirthschaftung und Gutsübergabe gegen Leibzucht hat; was durchaus der Idee des Familiensitzes und des Geborenseins zu dem Gute entspricht[277]), und sich namentlich bei der Grundherrlichkeit unterworfenen Gütern erhalten hat[278]); während sonst die Leibzucht nur nach der Natur des Geschäftes, wodurch sie constituirt worden, beurtheilt werden darf[279]). Ganz anders stellt sich aber das Verhältniß des Intestaterbfolgerechtes dar, wo die Grundidee, daß der Erbe zu dem einzelnen Gute geboren werde, nicht anwendbar ist, namentlich wo eine Succession in das Vermögen stattfindet. — Zwar läßt sich da, wo man den Intestaterben als zu einem Vermögen geboren betrachten kann[280]), noch immer ein bereits beim Leben des

---

275) Particularrechte räumen ihnen einen solchen Vorzug ein. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 468, Note 18.

276) Man sagt, sie bleiben in der Gemeinschaft, bis die Zahlung erfolgt: Mittermaier a. a. O. §. 498, Note 17.

277) Denn veräußert er irgendwie anders, so kommt nach diesem Gesichtspunkte das ius succedendi des Anerben zur Existenz, der weiter nichts als die Leibzucht zu reichen braucht; und wenn er freiwillig etwas anderes oder mehr für die Abtretung leistet, so kann dieß die Natur der Leibzucht nicht ändern.

278) Denn hier wird in der Regel durch die Meierordnungen festgesetzt, daß der Abtretende Anspruch auf die Leibzucht habe (osnabr. Eigenthumsordn. VII. §. 1—5. Calenb. Meierordn. C. 7, §. 1), eine Bestimmung (die keineswegs blos auf das Interesse des Grundherrn berechnet ist, weil die Größe des Anspruches auch von den Leistungen des Abtretenden für die Verbesserung des Gutes abhängig gemacht ist und die Leibzucht auch dafür als Vergütung gilt), die überflüssig wäre, wenn ihm andere Befugnisse, als jene Alternative, zuständen.

279) So bei freien Bauergütern, wo es von dem Abtretenden abhängt, unter welchen Bedingungen er abtreten will. Hier ist die Leibzucht, wenn sie nicht besonders als Reallast constituirt worden, und sie nicht im Nießbrauche besteht, bloßes Forderungsrecht. Vgl. n. staatsb. Magaz. IV. S. 227 flg.

280) Vgl. oben nach Note 102.

Erblassers vorhandenes ius successionis von dem mit ihm verbundenen ius succedendi im Begriffe unterscheiden. Allein da jenes nicht unmittelbar das einzelne Gut ergreift, außer dem dermaligen Subjecte eines Vermögens aber Niemand schon ein ius quaesitum an demselben haben kann, so fällt es in der Wirkung mit dem ius succedendi zusammen. — Dieses ius succedendi ab intestato ist immer davon abhängig, daß der Erblasser nicht anderweitig giltig[281]) über sein Vermögen disponirt hat, was nur durch eine Disposition auf den Todesfall geschehen kann; und es ergreift nur diejenigen seiner Güter, welche bei seinem Hinwegfalle noch zu diesem Vermögen gehören. Nur dann, wenn einem Intestaterben ein Recht auf eine bestimmte Quote des Vermögens gegeben ist, was heutzutage, von dem Anspruche auf eine Aussteuer abgesehen[281a]), immer unter den Begriff des römischen Pflichttheiles fällt[282]), kann er im übrigen giltige, auf Liberalität beruhende Dispositionen des Erblassers über einzelne Güter unter Lebenden oder auf den Todesfall, wodurch der Betrag dieser Quote verringert worden, in so weit rescindiren, als es zur Ergänzung dieser Quote erforderlich ist; und diejenigen unter ihnen, welche nicht wirkliche Notherben, d. h. nicht solche sind, deren Einsetzung als Erben, in Ermangelung einer aus einer wahren und gesetzlich gebilligten Ursache geschehenen Enterbung, zur Giltigkeit der die Intestaterbfolge ausschließenden letztwilligen Disposition erforderlich ist[283]), deren Quote also auch dann verringert sein kann, wenn sie weder durch Einsetzung Testamentserben geworden, noch durch Enterbung aufgehört haben Intestaterben zu sein, so wie auch Notherben, wenn in einem Intestatcodicill ein Universalfideicommiß angeordnet, ein Erbvertrag errichtet ist, oder sie auch als Erben eingesetzt sind, können aus gleichem Grunde giltige Dispositionen über das Vermögen oder Quoten desselben rescindiren[284]). So lange das teutsche Recht keine letztwilligen Dispositionen kannte, konnte es freilich auch keine eigentlichen Notherben und Enterbungsursachen kennen. Im gewissen Sinne war indeß jeder zum Erbe Geborene ein Notherbe[285]); er konnte durch Vergehen dasselbe verlieren, z. B. durch Tödtung des Erblassers, nach der Parömie: die blu-

281) Also auch ohne einen Notherben zu übergehen oder ohne Enterbungsursache auszuschließen. Vgl. unten Note 283 flg. und in diesem Werke Bd. III, den Art. Enterbung.

281a) Vgl. unten Note 292.

282) Denn die oben Note 110 a. E. angef. Bestimmungen sind entweder antiquirt, oder gehören dem Notherbenrechte an, und sind überhaupt nicht gemeinrechtlich in Teutschland.

283) Der Notherbe kann, wo sein Notherbenrecht als solches wirksam ist, nie in die Lage kommen, eine sonst giltige Erbeneinsetzung wegen Verkürzung des Pflichttheiles anzugreifen, wenn er nicht zugleich eingesetzt worden ist. Denn war diese Disposition, ohne daß er eingesetzt worden, giltig, so hat er auch keinen Anspruch auf einen Pflichttheil. — Allein gegen einen Erbvertrag wirkt das Notherbenrecht als solches nicht (Eichhorn a. a. O. §. 334).

284) Dazu dienen die römischen Inofficiositäts- und Ergänzungsklagen.

285) Vgl. oben Note 110.

tige Hand nimmt kein Erbe[286]); es konnte ihm durch Uebertragung an den König entzogen werden[287]); und als man letztwillige Dispositionen kennen gelernt, nahm man auch die römischen Enterbungsursachen auf[288]), während Particularrechte neue aufstellten[289]), auch das Notherbenverhältniß in bloße Pflichttheilsberechtigung verwandelten[290]). In Ansehung einzelner Güter, die nicht die Eigenschaft des eigentlichen Erbe haben, also namentlich in Ansehung der Fahrniß, wird überhaupt kein Erbe geboren; es gibt hier bei Lebzeiten des Erblassers kein ius successionis, sondern es herrscht vielmehr freie Dispositionsbefugniß des letzteren[291]), sofern sie nicht durch ein Pflichttheilsrecht am Vermögen einer indirecten Beschränkung hinsichtlich ihrer Wirksamkeit unterliegt[292]). Das Intestaterbfolgerecht ist also auch hier durch den Mangel an anderweitigen giltigen Dispositionen des Erblassers bedingt. Das Intestaterbfolgerecht am Vermögen steht zunächst den nächsten Blutsverwandten, zuweilen auch den Ehegatten, aber auch den sogen. bürgerlichen Verwandten zu, nämlich den Adoptirten, die zur Succession in eigentliches Erbe ab intestato nicht gelangen[293]). Ein Intestaterbfolgerecht an einzelnen Gegenständen findet sich im teutschen Rechte bei Blutsverwandten und Ehegatten, so wie zuweilen als Ausfluß einer Schutz- oder Grund-

286) Vgl. oben Note 6.

287) Vgl. oben Note 120.

288) Das schwäb. Landr. C. 15, Senck. 287, hat vierzehn, das Kaiserr. II. 10. aber nur drei.

289) So namentlich den wegen Nichteinholung des väterlichen Consenses zur Ehe.

290) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 463.

291) Z. B. über die ornamenta und vestimenta matrimonialia: L. Burg. tit. 51. c. 3. 4. Sächs. Landr. I. 52. §. 2, vgl. 25. §. 5. — Daß die persönliche Fähigkeit zu den Dispositionen nicht mangeln darf, versteht sich von selbst. — Das ist nun freilich auf dem Todbette nach altem teutschen Rechte nicht mehr der Fall, jedoch in Ansehung der fahrenden Habe dann, wenn der Disponent weder Weib noch Kinder hat, nach schwäb. Landr. C. 166, Senck. 293. — Man möchte also richtiger sagen, daß die Befugniß mangele.

292) Als ein solcher Pflichttheil erscheint auch der Anspruch auf Aussteuer nach schwäb. Landr. C. 163, Senckenb. 290. Walder Hofrodel v. 1586 Art. 29 (Pestaluz, Samml. der Stat. des Cant. Zürich I. H. 2, S. 173), Fischenthaler Hofrodel v. 1511 Art. 11 (ebendas. II. H. 1, S. 81), wornach nur dann Vergabungen von beweglichem Gute, auch bei voller Kraft, gestattet werden, wenn alle Kinder ausgesteuert sind. Wenn das schwäb. Landr. C. 26, Senck. 270, von Leuten redet, die zu einer totleibe, welche nur fahrende Habe zu begreifen scheint (s. indeß C. 29, S. 273), so wird dieß nur auf den Complex solcher Güter, nicht auf die dazu gehörigen einzelnen Gegenstände bezogen werden dürfen.

293) Vgl. Eichhorn a. a. O. §. 369 a. E. mit Mittermaier a. a. O. §. 66, bei Note 3, 11, 12, §. 366, Note 7. Die Wirkungen der älteren teutschen Adoptionsarten können, wenn sie in der That ein Familienverhältniß begründet haben sollten (Grimm, R.-A. S. 463—465), als untergegangenen Instituten angehörig, nicht mehr entscheiden. — Das adoptare in hereditatem (Lex Rip. tit. 48.) ist bloßer Erbvertrag oder Vergabung. Unter denselben Gesichtspunkt fällt die Einkindschaft, wo sie nicht etwa als Adoption betrachtet wird. Vgl. Euler a. a. O. S. 61 flg.

herrlichkeit, und hat, wo sich noch Ueberbleibsel davon erhalten haben, heutzutage den Charakter eines Erbrechtes verloren. Von dem Nachlasse wurden nämlich namentlich da, wo das eigentliche Erbe sich nicht als ein besonderer Gegenstand von demselben absonderte, sondern vielmehr den Stamm desselben bildete, dem das übrige Gut als Zubehör hinzutrat, einzelne Gegenstände, die zur Fahrniß gezählt wurden, ausgesondert, und gewissen, bald in Ansehung des übrigen Nachlasses ausgeschlossenen, bald daran theilnehmenden, Intestaterben zugewiesen. Wenn man hier in Ansehung ihrer bald den Ausdruck: vererben, erben, gebrauchte[294]), bald aber auch sie von dem Erbe im weiteren Sinne unterschied[295]), so soll letzteres gewiß nicht darauf hindeuten, daß sie Gegenstand einer besonderen Successionsart sind, welche nicht unter den Begriff der Erbfolge fällt, sondern es erklärt sich dieß aus der engen Verbindung des Erbe im weiteren Sinne mit dem eigentlichen Erbe[296]). Nur in Ansehung der der Ehefrau zufallenden Gegenstände dieser Art muß man bisweilen auch nach älterem Rechte den Begriff einer Erbfolge für unanwendbar erklären[297]). Sie bestehen bei einem männlichen Erblasser in solchen Gegenständen, welche vorzugsweise zu den Beschäftigungen der Männer, bei einem weiblichen Erblasser und dann, wenn sie einer Wittwe zufallen, in solchen, welche vorzugsweise zu den Beschäftigungen der Weiber dienen. Welche Gegenstände im einzelnen dahin gehören, ist in den verschiedenen Gesetzen verschieden bestimmt. Jene bestehen vorzugsweise in Waffenstücken und Ackergeräthe, und fallen nur männlichen Nachkommen und Männern von der Schwertseite, mit Ausnahme der Geistlichen, bisweilen nur einem von mehreren zu, führen gewöhnlich den Namen von Heerod, Heergewäte, Heergeräthe[298]), und erscheinen als ein gewissen Erben gebührender Voraus[299]). Diese bestehen vorzugsweise in Kleidern, weiblichem Schmuck und Hausgeräthe, fallen nur weiblichen Nachkommen und Weibern von der Spillseite, bisweilen indeß auch Geistlichen, die noch keine Pfründe haben, zu[300]), erscheinen zwar häufig ebenfalls als ein gewissen Erben gebührender Voraus[301]), aber keines-

294) Sächs. Landr. I. 31. §. 1, vgl. I. 15. §. 1: erve gud.

295) Sächs. Landr. I. 5. §. 2, 3, I. 19. §. 1, I. 28. a. Anf., II. 15. §. 2. Gosl. Stat. a. a. O. S. 6, Z. 4, 5.

296) Derjenige, welcher dieses, die Immobilien nimmt, erscheint in späterer Zeit auch insofern als der eigentliche Erbe, daß er für die Schulden haftet, auch wenn es an anderen Gütern mangelt: Alt. Culm. R. IV. 91. R. Culm. R. III. Tit. 10, C. 1.

297) Vgl. unten nach Note 415.

298) Ueber dessen Ursprung aus alter Sitte: Fischer a. a. O. I. S. 70 flg. Vgl. Tacit., Germ. c. 32., auch Gobelin, persona act. 6. c. 47.

299) Sächs. Landr. I. 27. §. 2, III. 15. §. 24, I. 22. §. 4, 5, I. 23., I. 29. §. 1. Vgl. Grimm, R.-A. S. 568 flg. Sydow a. a. O. S. 149 flg. Schwäb. Landr. C. 26. Senck. 270. Gosl. Stat. a. a. O. S. 3, Z. 25, S. 4, Z. 3.

300) Sächs. Landr. I. 5. §. 3. Gosl. Stat. S. 4, Z. 12 flg.

301) Beide Arten von Vermögensgegenständen werden oft durch andere, als Collectivausdrücke, bezeichnet, z. B. des Vaters Kleider und Wehr u. s. w.,

wegs nach den sächs. Rechten[302]), in denen sie den Namen der Gerade, mit Unterscheidung der der Wittwe aus dem Nachlasse des Mannes gebührenden Wittwengerade[303]) und der den weiblichen Blutsverwandten eines Weibes zufallenden Niftelgerade[304]). Die Gerade hat regelmäßig der ehelichen Gütergemeinschaft und anderen Erbberechtigungen weichen müssen[305]); ein in Gegenständen der gedachten Art bestehender Voraus der Intestaterben findet sich indeß noch zuweilen[306]), welcher aber zu unterscheiden ist von demjenigen Voraus, welcher zuweilen dem Ehegatten an solchen Gegenständen bestimmt ist, die auch während der Ehe schon zu seinem ausschließlichen, nur seine Person betreffenden Gebrauch gedient haben, z. B. seine Kleider, Betten u. dgl.[307]). Der Anspruch auf diesen letzteren Voraus kann nun freilich nicht unter den Gesichtspunkt einer Beerbung gestellt werden; allein im übrigen besteht in Ansehung solcher Gegenstände, eben so wie in Ansehung des eigentlichen Erbe, des Stammgutes und derjenigen Bauerngüter, welche in einem ähnlichen Verhältnisse stehen, neben der gemeinrechtlich römischen Universalsuccession noch eine teutsche Singularsuccession ab intestato fort[308]); während der Anspruch der nächsten Intestaterben auf das Erbgut zuweilen die Natur eines Pflichttheiles angenommen hat[309]). Schon deßhalb kann man, wenn man nicht etwa diese Gegenstände, welche den Intestaterben durch den Erblasser nicht entfremdet werden können, ganz von seinem nachgelassenen Vermögen aussondert[310]), den römischen Grundsatz: nemo pro parte

---

der Mutter Kleider und Kleinodien u. s. w. (Augsb. Stat. [Walch, Beitr. IV. S. 254]. Mon. Boica III. p. 318. nr. 122. Urtheilsbr. v. J. 1489. — Tyroler Landesordn. v. 1608 B. 8, Th. 9), zuweilen aber auch unter der Benennung Voraus zusammengefaßt (altes lübsch. R. v. 1240 a. 5 *bei* Westphal, M. J. III. p. 640. Otterndorfer Stat. v. 1541 *bei* Pufendorf, obs. II. p. 174.). — Personen, welche keine selbstständige Beschäftigung noch Haushalt haben, hinterlassen weder Heergewette noch Gerade: Gosl. Stat. a. a. O. S. 16, Z. 15 flg. Auch der Geistliche hinterläßt nur Erbe: Sächs. Landr. I. 5. §. 3.

302) Nur dann, wenn Weiber nach einem Weibe in Erbe succediren: Sächs. Landr. I. 5. §. 2, 3.

303) S. in diesem Werke den Art. Güterrecht der Ehegatten. Vgl. oben Note 97 und unten Note 415 flg.

304) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 447. Sächs. Landr. I. 24. §. 3, I. 27. §. 1, I. 31. §. 1, III. 15. §. 4, vgl. I. 20. §. 4, 5, 7, auch L. Angl. et Verin. VII. 3. VI. 6. (rhedo, spolia colli). Gosl. Stat. a. a. O. S. 4, Z. 4 flg. Grimm, R.-A. S. 466 flg.

305) Namentlich die Wittwengerade, die schon die gosl. Statuten nicht mehr kennen: Göschen a. a. O. S. 157 flg. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 446, Note 7, §. 447, Note 7.

306) Z. B. nach Neumünster'schen Kirchsp.-Gebräuchen: Paulsen, schlesw.-holst. Privatrecht S. 325, nach der Verordn. für Fehmarn v. 12 Febr. 1563.

307) Dieser kommt auch da vor, wo Gütergemeinschaft gilt: z. B. n. lübsches R. II. Tit. 2, §. 2, 3. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 442, der den Berechtigten als Legatar betrachtet.

308) Vgl. auch Bluntschli, Züricher Rechtsgesch. I. S. 201, II. S. 293.

309) Vgl. oben bei Note 106.

310) Vgl. oben Note 295.

testatus pro parte intestatus decedere potest, in Teutschland nicht für anwendbar erklären[311]). Concurriren mehrere zugleich gerufene Blutsverwandte als Intestaterben, so nimmt, abgesehen von dem gedachten Voraus, jeder gleichen Antheil[312]), insofern nicht etwa mehrere, welche nicht allein ohne Concurrenz anderer Verwandten an die Stelle ihrer verstorbenen Eltern tretende Geschwisterkinder sind[313]), vermöge des Repräsentationsrechtes an die Stelle ihres vorverstorbenen Parens treten, indem diese nur so viel bekommen, als der Parens bekommen haben würde, wenn er selbst zur Succession gelangt wäre[314]). Jene Vertheilungsart bezeichnet man durch successio in capita, diese durch successio in stirpes[315]); beide sind dem teutschen Rechte eben so bekannt, als dem römischen, so daß sie bei einer Succession in Stammgut nicht weniger anwendbar ist als bei der Universalsuccession in ein Vermögen. Die Regel: daß Weiber neben Männern oder Töchter neben Söhnen nur mit halber Hand greifen[316]), und eben so halbbürtige Geschwister neben vollbürtigem Geschwister, oder überhaupt halbbürtige Verwandte, welche mit vollbürtigen Verwandten zugleich zur Succession gelangen, in demselben Verhältnisse mit diesen theilen[317]), findet sich zuweilen da in Geltung, wo sich das Stammgut nicht von dem übrigen Nachlasse aussondert, und erlangt dadurch zugleich auch auf dieses Anwendung. Bei einer Succession in Stammgut allein würde sich aber, ohne positive Norm, ein solcher Unterschied zwischen voller und halber Geburt aus inneren Gründen nicht vertheidigen lassen, weil in Ansehung der bürgerlichen Eigenschaft eines Familiengliedes durch Abstammung von einem gemeinsamen Stammvater k[illegible]albheit gedacht werden kann, sondern nur in dem rein physischen [illegible]utsverwandtschaft[318]). Wenn man adoptirte Kinder in Beziehung auf ihr Adoptivgeschwister als halbbürtige betrachtet[319]), läßt sich dieß freilich dadurch rechtfertigen, daß dieß Verhältniß

311) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 434.

312) Lex Sal. tit. 62. c. 6. Sächs. Landr. I. 5. §. 3. R. lüb. R. II. Tit. 2, Art. 20.

313) Schon Lex Wisigoth. IV. tit. 2. §. 8. — Reichsabsch. v. 1529 §. 3. Vgl. Glück, Intestaterbfolge §. 176. Der cit. Reichsabsch. redet freilich wörtlich nur von dem Falle, wo keine Brüder und Schwestern vorhanden sind. Indeß will er offenbar nur die Controverse in Ansehung des röm. Rechtes (zwischen Azo und Accursius) über diesen Punkt entscheiden, setzt also den Fall voraus, daß mit den Geschwisterkindern nicht andere Verwandte, namentlich nicht, wie es nach teutschem Rechte der Fall sein kann, Halbgeschwister concurriren, worauf auch die Worte deuten: sondern seinen Bruder oder Schwester Kinder. — S. indeß Glück a. a. O. §. 177—186. Thibaut a. a. O. §. 861, Note h. Vgl. auch den Art. Intestaterbfolge, römische.

314) Sächs. Landr. I. 5. §. 1. Vgl. Nov. 118. c. 1. §. 6. J. de her. q. a. i. (3. 1.) L. 2. C. de suis et legit. (6. 55.)

315) §. 6. J. cit.

316) Vgl. oben Note 204.

317) Vgl. unten bei Note 512. Eichhorn a. a. O. §. 335. Mittermaier a. a. O. §. 440, Note 11.

318) Vgl. unten Note 489.

319) Richter, krit. Jahrb. 1838 H. 8, S. 692.

der natürlichen Verwandtschaft analog zu behandeln ist. Die cognatio duplex muß aber auch beim Stammgute zu einem doppelten Antheile berechtigen. Die römische Linealsuccession der Ascendenten, bei welcher die Linien beider Eltern, wo sie nebeneinander concurriren, ohne Rücksicht auf die Zahl der in jeder Linie zur Succession gelangenden Personen, die unter sich wieder in capita theilen, gleiche Theile bekommen, scheint auch auf das Stamm- und Erbgut anwendbar zu sein, insofern hier dieser Fall überall eintreten kann[320]. Die in einer Mißheurath erzeugten[321], so wie die durch nachfolgende Ehe oder landesherrliches Rescript plene legitimirten[322]) Kinder stehen in Beziehung auf das Vermögen und einzelne Gegenstände, die nicht Stammgut sind, den übrigen ehelichen Kindern gleich[323]), und dasselbe muß man auch von denjenigen behaupten, welche in einer Ehe zur linken Hand gezeugt sind, sofern nicht particuläre Normen entgegenstehen[323a]). Allein daß dasselbe Verhältniß auch zwischen den Ascendenten und Seitenverwandten ihrer Eltern bestehe, läßt sich in Ansehung der Legitimirten durch die gemeinrechtlichen Quellen nicht begründen, wiewohl man dieß gewöhnlich annimmt[324]). — Jene Gleichheit gilt ebenfalls, nach heutigem gemeinen Rechte[325]), von den nicht in einer dauernden verbrecherischen Geschlechtsgemeinschaft[326]) (nämlich nicht in einer incestuosen oder ehebrecherischen[327]) —

---

320) Nämlich wenn es nicht, wie beim Stammgute es der Fall, erforderlich ist, daß der Erbe mit dem Erblasser, und zwar in derjenigen Eigenschaft, in welcher er succedirt, denselben Stammvater [illegible] hat, was bei väterlichen und mütterlichen Ascendenten zugleich nur [illegible]en kann, wenn ein Elternpaar mit einander verwandt war, und zugleich [illegible] anticipirte Erbfolge stattgefunden hat, die den bei Lebzeiten beerbten Ascendenten *nicht von der* dereinstigen Succession ausschließt; ein Fall, der zu den *seltensten* Ausnahmen gehört. Vgl. auch unten Note 383.

321) Denn sie sind aus einer kirchlich giltigen Ehe entsprossen.

322) Denn sie gelten gemeinrechtlich den aus einer kirchlich giltigen Ehe entsprossenen gleich.

323) Die Gründe, welche sie vom Stammgute ausschließen (vgl. oben Note 168 flg.), können nicht auf das Erbgut ausgedehnt werden.

323a) Vgl. oben Note 192.

324) Vgl. oben Note 182a, 183. In Ansehung der durch Rescript Legitimirten ist jedoch gegen diese gewöhnliche Annahme: Boehmer, ius dig. I. tit. 6. §. 17.

325) Daß L. 6. C. de incest. nupt. (5. 5.) durch Nov. 12. c. 1. aufgehoben worden (Vangerow, Leitf. II. S. 50), ist nur insofern richtig, als die Nov. mehr Personen ausschließt, als die L. 6. Und die Kinder sind nicht ausgeschlossen, weil der Nachlaß an den Fiscus fällt, sondern umgekehrt. Denn sonst könnten auch die legitimen Kinder dem Vater nicht succediren, was ja doch nach Nov. 12. c. 2. der Fall ist.

326) D. h. nuptiae im Sinne der L. 6. C. und Nov. 89. c. 15., für welche die Form der Eingehung der Gemeinschaft gleichgiltig ist. Einige sehen indeß blos auf den coitus, Andere auf förmliche Ehe. Spurii aus einer solchen Verbindung gibt es nach röm. R. nicht, weil diese durch den Begriff der naturales absorbirt werden.

327) Die Ausdrücke in L. 6. C., Nov. 12. c. 1., Nov. 89. c. 15., gehen auf jede nach röm. R. verbotene dauernde Geschlechtsverbindung. Vgl. auch

wohin denn auch die Bigamie gehört —) erzeugten unehelichen Kindern in Beziehung auf die Mutter; und, da man die jene in verbrecherischer Gemeinschaft Erzeugten ausschließenden, nur von den Eltern redenden Gesetze streng interpretiren muß[327a]), von allen unehelichen Kindern in Beziehung auf die mütterlichen Verwandten. Nach dem Grundsatze: iura successionum sunt reciproca, müssen dann umgekehrt auch diese wiederum vollständiges Intestaterbfolgerecht nach ihnen haben. Allein das ältere teutsche Recht kennt den Grundsatz: unehelich Geborene werden nicht von ehelich Geborenen[328]), sondern nur von ebenfalls unehelich Geborenen ab intestato beerbt[329]), was indeß in Ansehung ihrer eigenen ehelichen Nachkommen, wie es scheint, eine Ausnahme leidet[330]). Allein da dieß sich daraus erklären läßt, daß der Nachlaß unehelich Geborener dem Fiscus verfiel[331]), so scheint es bedenklich, blos wegen der regelmäßigen Gegenseitigkeit des Erbfolgerechtes, daraus einen Ausschluß der unehelichen Kinder von der Erbfolge nach der Mutter und den mütterlichen Verwandten zu folgern[332]). Particularrechtlich ist dieser Ausschluß indeß zuweilen ausgesprochen[333]). — In Beziehung auf den Vater und dessen Verwandten sind uneheliche Kinder nach heutigem gemeinen Rechte nicht einmal als natürliche Kinder des ersteren zu betrachten, und es fehlt ihnen also gerade die Eigenschaft, durch welche allein eine Verwandtschaft von juridischer Bedeutung in Beziehung auf Vermögensverhältnisse vermittelt werden kann. — Im teutschen Rechte finden sich jedoch Zeugnisse dafür, daß man sie als solche in Beziehung auf Intestaterbfolgerecht mit gewissen Modificationen behandelt hat. Concubinenkinder und vom Vater anerkannte sonstige uneheliche Kinder haben in den älteren Gesetzen zuweilen ein Intestaterbfolgerecht, jedoch beim Vorhandensein ehelicher Söhne jedenfalls nur in der Art wie Töchter[334]). Später wird zuweilen selbst den väterlichen Verwandten ein solches Recht nach ihnen eingeräumt, wo

---

c. 13. X. qui filii sint leg. (4. 17.) Abweichende Meinungen bei Vangerow a. a. O.

327a) Die Fassung dieser Gesetze weist darauf hin, daß die Eltern dadurch gestraft werden sollen, daß sie gerade diesen Kindern nichts hinterlassen können.

328) Sächs. Landr. I. 51. §. 1. Stadtrechte gaben diesen Grundsatz jedoch schon früh auf: Alt. Lüb. R. Art. 26 (Westphalen l. c. p. 642). Magdeb. R. Art. 136 (Gaupp, Magdeb. R. S. 315). Gosl. Stat. a. a. O. S. 9, Z. 28—30.

329) Vgl. sächs. Landr. I. 51. §. 1.

330) Es kann auch so verstanden werden, daß sie nur die ehelichen Verwandten ihrer Mutter beerben sollen (schwäb. Landr. Cap. 41 a. E., Senck. Cap. 415). Ihr Erbrecht nach dem ehelichen Vater und dessen Verwandten wird nicht bezweifelt werden können.

331) Vgl. unten Note 434.

332) S. indeß Göschen a. a. O. S. 132.

333) Und zwar gerade da, wo sie beerbt werden, sowohl von mütterlicher als väterlicher Seite: Gosl. Stat. a. a. O. S. 8, Z. 28, 29, S. 129, Nr. 1. Magdeb. R. a. a. O. Art. 136. R. Lüb. R. II. Tit. 2, Art. 9. Vgl. Pauli, Erbr. der Blutsverw. S. 13 flg., auch über Lüneburger und Dortmunder Stat.

334) Vgl. oben Note 174.

es ihnen selbst schlechthin in jeder Beziehung abgesprochen wird[335]). Obgleich es im späteren und neueren Rechte keinen Concubinat mehr gibt, so will ihnen die Praxis doch das Intestaterbfolgerecht der römischen Concubinenkinder[336]) vindiciren, was aber durch das Berufen auf die canonischen Grundsätze über die Legitimation durch nachfolgende Ehe[337]) nicht gerechtfertigt erscheint, da dieses Argument vielmehr zu einer Gleichstellung der unehelichen Kinder mit ehelichen führen müßte, wenn seiner Anwendbarkeit auf sie nicht die wesentlichste Voraussetzung für dieselbe, die spätere Ehe, abginge. Particulargesetze stimmen zuweilen mit jener indeß schwankenden Praxis überein[338]). Ein Intestaterbfolgerecht nach den Verwandten der Mutter kann man aber den in Ehebruch oder Blutschande erzeugten Kindern nicht absprechen[339]). Ein solches mangelt aber nach älteren teutschen Rechten allen Blutsverwandten, welche in einer gewissen Entfernung der Verwandtschaft vom Erblasser stehen, so daß bald die im sechsten, bald die im siebenten, bald, nämlich nach sächs. Landr., wenn sie Nachkommen von Geschwistern sind, die im achten Grade der römischen Computation stehenden die letzten sind, denen ein solches Recht eingeräumt wird[340]). Das Kaiserrecht deutet auf eine Succession der Descendenten bis an den neunten Grad[341]), was wohl nur eine Herübernahme des sächsischen Erbfolgerechtes der Nachkommen von Geschwistern bis zum achten Grade, diesen eingeschlossen, ist. Als gemeinrechtlich kann diese Beschränkung auf gewisse Grade indeß nicht betrachtet werden, weil sie dem neueren römischen Rechte fremd ist[342]). Zuweilen sind indeß Blutsverwandte, die in derjenigen Gradesnähe zu dem Erblasser stehen, welche das Intestaterbfolgerecht verlangt, dennoch von dessen Nachlaß in gewisser Beziehung, oder bedingt, oder in Ansehung gewisser Güter ausgeschlossen. In gewisser Beziehung sind nach sächsi-

---

335) Gosl. Stat. a. a. O.

336) Nov. 18. c. 5. Nov. 89. c. 12.

337) Mittermaier a. a. O. §. 435, bei Note 21.

338) Vgl. Mittermaier a. a. O. Note 18, 21. Mayer, das Intestaterbr. der libri natur. nach heut. röm. R. S. 43 flg.

339) Vgl. oben Note 327.

340) Vgl. unten Note 483, 505, auch über das Verhältniß der teutschen Gliederzahl zur Zahl der römischen Grade.

341) II. 14.

342) Daß sie ursprünglich auch dem teutschen Rechte fremd gewesen und erst unter Einwirkung des römischen Rechtes entstanden (Gaupp, Gesetz der Thüringer S. 346 flg.), findet auch darin seine Stütze, daß das sächs. Landr. I. 19. §. 1. es als das Recht der Schwaben nennt, einer solchen Beschränkung nicht unterworfen zu sein, während das schwäb. Landr. Cap. 3, Senckenb. Cap. 256, sie, ohne Zweifel wieder aus dem sächs. Rechte, herübergenommen hat, und daß die L. Wisig. IV. 7. ihren Grund für die Beschränkung der Erbfolge der Verwandten auf den 7. Grad (quia ulterius... nec nomina inveniri nec vita succedentibus propagari potest) ersichtlich aus Pauli L. R. IV, 2. geschöpft hat. — Vgl. auch Mittermaier a. a. O. §. 45, Note 31, jedoch auch Note 36, 37. Das österr. Gesetzbuch beschränkt die Succession auf die Verwandten der sechs nächsten Linien.

schen Rechtsquellen und nordteutschen Rechten[343]) diejenigen ausgeschlossen, welche bei Lebzeiten eines ihrer Eltern von dessen Vermögen gänzlich abgefunden sind, indem sie dadurch aus dem engeren Erbfolgeverhältnisse treten, welches zuweilen durch die Eigenschaft der Genossen des Busen und des Stammes begründet wird. Die Benennung: Busen findet sich vorzugsweise in sächsischen Rechten[344]), wo der Stamm, eine Benennung, die dem canonischen Rechte entnommen wird[345]), durch das Haupt (sonst auch: der Schooß) und des Halses Glied gebildet wird[346]). — Nach sächsischem Rechte stehen in dem Busen alle vollbürtigen Nachkommen ersten Grades, im Stamme die Eltern und das vollbürtige Geschwister des Erblassers, so lange sie noch nicht in der gedachten Art abgefunden sind[347]). Unter ihnen bestimmt, abgesehen von dem Vorzuge der Männer vor Weibern, die Gradesnähe den Vorzug[348]); sie schließen aber, ohne Rücksicht auf die Gradesnähe, alle übrigen Verwandten aus[349]). Der Busen ist das durch eine und dieselbe Ehe gebildete Familienverhältniß in Beziehung auf das dadurch unter den so vereinigten Familiengliedern vereinigte Gut[350]). Er findet sich gerade da als besonderes erbfolgerechtliches Verhältniß ausgezeichnet, wo das Stammgut die Grundlage des Erbe im weiteren Sinne bildet[351]). Ihm liegt die Idee zum Grunde, daß das in der einen Ehe gewesene Gut des Parens von diesem nicht mit rechtlicher Wirkung in eine andere Ehe hinübergenommen werden könne, nämlich nicht mit der Wirkung, daß die Glieder der zweiten ehelichen Genossenschaft deren Rechte erlangen, so lange noch Glieder der ersten solche haben. Denn it (das Erbe oder Gut) ne geit nicht ut dem busmen, dewile de evenburdige (durch dieselbe

---

343) Das einzige Beispiel aus südteutschen Rechten bei Mittermaier, a. a. O. §. 438, Note 7, ist das Schweinfurter Stadtr. sect. 4. tit. 44., und das schwäb. Landr. C. 162, Senck. 289 a. E., kennt eine Aussteuer mit Verzicht nur in Beziehung auf fahrende Habe.

344) Sächs. Landr. I. 17. §. 1. Stader Stadtr. VII. Art. 14. Kulm. R. III. Tit. 9, Cap. 9 (vgl. Hommel, oblectam. iur. feud. p. 109). Declaratio arboris consang. etc. ex Cod. M. S. Biblioth. Univ. Halensis, bei Fischer, Erbfolgegesch. der Seitenverw. U. B. II, Nr. XXVI, S. 346. Doch findet sich die Benennung Busenerbe auch in der Schweiz: Monatschronik der Zürcher Rechtspflege III. S. 184 flg.

345) c. 1. C. 36. Q. 5.

346) Sächs. Landr. I. 3. §. 3.

347) Sächs. Landr. a. a. O.: ... kindere, die ane tweinge (von) vader unde muder geboren sin. — Sächs. Landr. II. 20. §. 1: .. ires ungetweider broder und süster erve. — Sächs. Landr. I. 5. §. 1: ... umbedelt von dem erve. — Vgl. auch unten Note 354, 362.

348) Bisweilen erben sie indeß alle gleich: Wurster Landr. Tit. 1, Art. 7, §. 2, 3. Dieß möchte aber schon römischer Einwirkung zuzuschreiben sein.

349) Sächs. Landr. I. 17. §. 1.

350) Das zeigt sich darin, daß nur vollbürtige und (bisweilen wohl mit Modificationen: vgl. unten Note 366, 367) nur vom Vermögen noch nicht abgetheilte Kinder und Geschwister zum Busen gehören (oben Note 347), und daß getrennter Busen durch getrennte Ehe erklärt wird (Kulm. R. a. a. O.).

351) Vgl. oben Note 94, 97.

Ehe begründete) busme dar is[352]). Die nicht abgefundenen Kinder erster Ehe, denen durch die Eingehung einer zweiten Ehe ihr angebornes Recht (denn Stammgut bildet die Grundlage) ja nicht entzogen werden kann, sind hier also die, welche ane tweinge (von vader unde muder geboren sin), und die einer folgenden Ehe diejenigen, die nach einer solchen Zweiung geboren sind und jenen nachstehen. — Dahingegen erscheinen in den südteutschen Rechten die Kinder desselben Vaters aus verschiedenen Ehen als dessen gleichberechtigte Erben; — wiewohl den Kindern jeder Ehe die in derselben erworbenen Immobilien hier allein zu Theil werden[353]). Der Erblasser ist Haupt des Busens und Glied des Stammes, und der Busen die Wurzel des Stammes insofern, daß Niemand Glied eines Stammes im Verhältnisse zu solchen Personen sein kann, mit denen er nicht demselben Busen angehört hat[354]) und in dieser Vereinigung geblieben ist, bis sich durch das Trennen des Busens ein Stamm aus ihm gebildet hat[355]). Der Busen wird getrennt durch Beerbung eines Hauptes desselben, es sei nun bei dessen Tode oder schon bei seinem Leben; und diejenigen, welche bei dieser Trennung sich nicht zu einem Stamme bilden, können in keinem anderen erbrechtlichen Verhältnisse zueinander geblieben sein, als dem einfachen der bloßen Blutsverwandtschaft[356]). So wie demnach Kinder aus einer früheren Ehe mit denen einer späteren Ehe nicht Stammesgenossen sein können, weil sie nicht in demselben Busen gewesen und geblieben sind[357]), so können

---

352) Sächs Landr. I. 17. §. 1.

353) Die Worte: vnd git sin e r b e daz er b i der ersten *frowen hatte,* sinen ersten kinden (schwäb. Landr. Cap. 161. Senck. 288), *gehen wohl nur auf* das in der ersten Ehe e r w o r b e n e Erbe: Vgl. Kaiserrecht *II.* 53.

354) Dieß folgt daraus, daß Busen und Stamm aus denselben Personen besteht: aus den Erzeugern und den Erzeugten, die derselben Ehe angehören. Gehört der Erblasser zu jenen, so sind diese Kinder, und sie bilden einen Busen; gehört er zu diesen, so sind jene Eltern und diese Geschwister, und sie bilden einen Stamm. Dieß ist zu berücksichtigen, um das sächs. Landr. a. a. O. I. 3. §. 3, II. 20. §. 1, zu verstehen. — Uebrigens können durch das Repräsentationsrecht allerdings auch Nachkommen der letzteren in den Busen eintreten, und daher erklärt es sich, wenn die gedachte Declaratio und schweizer Rechte (oben Note 344) den Busen auf die ganze Descendenz erstrecken. Der Begriff des Busens an sich wird aber dadurch durchaus nicht verändert.

355) Dieß Moment fehlt den Halbbürtigen und den Abgefundenen.

356) Gibt ihnen diese also kein Erbrecht, wie dieß bei Ascendenten in Ansehung des eigentlichen Erbe wenigstens ursprünglich der Fall (oben Note 212), so können sie gar nicht erben. So z. B. Eltern nach getrennter Ehe nicht nach Kulm. R. a. a. O. und nach einer Const. Richard's v. 1258 bei G o l d a s t, T. III, const. Imp. p. 405., deren Echtheit freilich zuweilen bezweifelt ist. Wo jene Ansicht sich verliert, werden sie blos den Stammesgenossen nachgesetzt. Vgl. G ö s c h e n a. a. O. S. 142 und Gosl. Stat. S. 2, Z. 6—18, S. 16, Z. 36—38, S. 17, Z. 6, 7.

357) Der Vorzug der vollen vor der halben Geburt, in dem Umfange, wie er sich im sächs. Landr. findet, muß dieses seines Grundes wegen als rein germanisch betrachtet werden. Vgl. auch E i c h h o r n, Rechtsgesch. II. S. 373. P h i l l i p s, Privatr. II. S. 134 flg. Dagegen aber M i t t e r m a i e r a. a. O. §. 436, Note 40, mit S y d o w a. a. O. S. 106 u. Anb.

auch abgefundene Kinder, welche durch die in der Abfindung liegende anticipirte Beerbung aus dem Busen traten, ehe er sich zu einem Stamme bildete, zu dem sich später aus diesem Busen (nachdem er durch die vermöge jener Beerbung eingetretene Trennung ein anderer geworden war) entwickelnden Stamme nicht gehören. Ihr Busenerbfolgerecht fällt damit in jeder Beziehung hinweg, und so wie jene des Stammeserbfolgerechtes zu ihrem Halbgeschwister, so müssen auch diese Abgefundenen ebenfalls dieses Rechtes zu dem nicht bei Lebzeiten ihres gemeinschaftlichen Parens abgefundenen Vollgeschwister entbehren. Eben dasselbe muß denn auch umgekehrt im Verhältnisse dieser zu ihnen gelten; während das blos blutsverwandtschaftliche Intestaterbfolgerecht unter ihnen besteht und ungeändert bleibt[358]), aber das des abfindenden Parens hier zuweilen erlischt, gleich als wenn er verstorben wäre[359]). Der Mangel dieses Busen- und Stammesintestaterbfolgerechtes unter den angegebenen Umständen zeigt sich in der Intestaterbfolgeordnung in dem Vorzuge der vollen Geburt vor der halben[360]); und daß das abgefundene Kind dem unabgefundenen auch im Verhältnisse zum Geschwister nicht gleich steht, bestätigen manche Quellen ausdrücklich, indem sie abgefundenes Geschwister dem unabgefundenen erst succediren lassen, wenn kein unabgefundenes vorhanden ist[361]). Consequent sollten abgefundene Kinder auch dem vollbürtigen Geschwister ihrer Eltern, welches mit diesen in dem Stamme steht, nachstehen. Das sächs. Landr. spricht sich darüber nicht aus[362]). Nach anderen nordteutschen Rechten, in denen der Begriff des Busens schon mehr objectiv geworden zu sein scheint, wird die Wirkung der Abfindung in Beziehung auf sie entschiedener hervorgehoben; und wenn dabei nicht gesagt wird, daß abgefundene Kinder früherer Ehe, im Falle kinderloser späterer Ehe, das vollbürtige

---

358) Denn nur dem Busen und dem Stamme stehen sie nach; andere entferntere Verwandte werden aber noch immer von ihnen ausgeschlossen, wenn gleich in späteren Rechten in Ansehung der Halbbürtigen dieser ihrer Eigenschaft zuweilen auch im Verhältnisse zu allen Verwandten Einfluß beigelegt ist (vgl. oben Note 317), aber gewiß aus Unkenntniß des Grundprincipes.

359) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 429, Note 2, 3, und das. Cit. Also wieder gleiche Wirkung der Abfindung mit der Trennung der Ehe. S. oben Note 356, auch n. Lüb. R. II. Tit. 2, Art. 13.

360) Vgl. unten Note 487 flg.

361) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 439, Note 11. Pauli, Erbr. der Blutsverw. S. 111. R. Lüb. R. II. Tit. 2, Art. 7.

362) In Beziehung auf die halbbürtigen Kinder, oder vielmehr Kinder aus verschiedenen Ehen, heißt es im sächs. Landr. I. 3. §. 3: ..die ne mogen an eime lede nicht bestan unde scriket an ein ander let. — Ob dieß das nächste sei, wird nicht gesagt. Nach der Ordnung aber, die hier der Spiegler befolgt, wobei er die Gliederung, welche durch Sonderung von Busen und Stamm entsteht, nicht berücksichtigt, ist das nächste Glied schon außerhalb des Stammes. Allein halbbürtige Kinder kann es nur insofern geben, als Kinder einer anderen Ehe vorhanden sind, die als vollbürtige gelten; wo also diese als Busengenossen die Stammesgenossen nicht ausschließen, da gibt es auch keine halbbürtigen Kinder. Daraus folgt aber nicht, daß wo keine unabgefundenen Kinder vorhanden sind, auch die abgefundenen juridisch nicht als solche gelten.

Geschwister des abfindenden Parens ausschließen[363]), so erklärt dieß sich daraus, daß jene Abfindung der Kinder auch, wenn sie vollständig sein soll, eine Absonderung des Parens von dessen Eltern und Geschwistern voraussetzt, welche diesen ihr bevorzugtes Erbrecht ohnehin entziehen mußte, sobald an die Stelle der Idee einer directen persönlichen Vereinigung zum Busen und Stamme, die einer indirecten durch Ungetheiltheit des in dem Busen vereinigt gewordenen Vermögens getreten war, was sich allerdings in diesen Rechten zeigt[364]). Daß abgefundene Kinder in Ermangelung nicht abgefundener nicht alles Erbfolgerechtes nach ihren Eltern entbehren, ist gewiß[365]). Daß übrigens nach sächs. Landr. die Abtheilung der Kinder auch als eine definitive oder eine eigentliche Abfindung vorgekommen, läßt sich daraus schließen, daß nur die Kinder des nicht abgetheilten Sohnes statt seiner dessen Eltern neben Söhnen beerben konnten[366]); allein es bedurfte eines ausdrücklichen Verzichtes auf Theilnahme an der Erbtheilung, damit sie als eine solche gelten konnte[367]). — Es findet sich auch hier die Regel nicht ausgesprochen: daß abgefundenes Geschwister im Verhältnisse zueinander näher steht als nicht abgefundenes zum abgefundenen; was durch ein Stammesverhältniß unter den abgefundenen bewirkt werden müßte. Ein solches Stammesverhältniß dürfte aber nur unter denen angenommen werden, welche in einer und derselben Zeit abgefunden, gleichsam in derselben Abfindung begriffen wären, weil sonst die verschiedenen Trennungen des Busens durch mehrere Abfindungen die Stammesvereinigung unter ihnen gehindert hätten. Die sächsischen Stadtrechte späterer Zeit, welche hinsichtlich der Abweichungen von dem Principe der Gradesnähe nicht die genannten Bezeichnungen des Busens und Stammes gebrauchen, erkennen indeß jenen Vorzug an; fordern aber dabei auch, daß die abgefundenen Kinder oder Geschwister unter sich nicht getheilt haben[368]), setzen also den Fall einer gleichzeitigen Abfindung voraus, und namentlich den, wo die Abfindung bei Eingehung einer anderen Ehe in Ansehung aller Kinder der früheren Ehe, wozu namentlich die Mutter verpflichtet wird[369]), voraus;

---

363) Weder die Goslar'schen Stat. sagen dieß, noch steht es im n. Lüb. R. II. Tit. 2, Art. 16, 34, welche man zuweilen dafür anführt, noch im Art. 5 ebendas. Nur der Art. 23 ebendas. würde dann dafür reden, wenn unter Geschwister hier unabgesondertes Vollgeschwister verstanden werden könnte.

364) Vgl. unten Note 368—371. Hier kann denn auch die Idee Platz greifen, daß es nur das Verhältniß der nicht abgefundenen Kinder zu dem Vermögen sei, welches die abgefundenen ausschließe.

365) Mittermaier a. a. O. §. 438, Note 10. Paulsen a. a. O. S. 327. Klefecker, Hamb. Verfass. Th. IV, S. 471, 493, und das. Cit. — R. Lüb. R. II. Tit. 2, Art. 5.

366) Sächs. Landr. I. 5. §. 1. Vgl. unten Note 493.

367) Sächs. Landr. I. 13. So auch das schwäb. Landr. Cap. 162, Senckenb. 289, in Beziehung auf fahrende Habe, in Ansehung welcher die bloße Aussteuer auch die Folge hat, daß der Erblasser frei über sie auf den Todesfall disponiren kann: Schwäb. Landr. C. 147, Senck. 284 b.

368) R. Lüb. R. II. Tit. 2, Art. 6.

369) R. Hamb. Stadtr. III. Tit. 3, Art. 4, 6, wornach dem Vater die Wahl zusteht, ob er ganz, oder nur vom mütterlichen Gute, abtheilen will,

also einen Fall, wo ohnehin schon eine Stammesabsonderung eintritt. Es wird in diesen Rechten unterschieden, ob die Kinder bis zum Zeitpunkte des Todes ihres Vatens in dessen Were geblieben sind[370]), wo denn die Were das Verhältniß des Busens andeutet; weßhalb man dieß nicht so verstehen darf, als ob zum Verbleiben in der Were auch das Verbleiben in der häuslichen Gemeinschaft mit den Eltern und unter deren Schutze erforderlich sei[371]). Im allgemeinen erscheint so viel als sicheres Resultat, daß die Wirkung der eigentlichen Abfindung in dem Verluste desjenigen Erbfolgerechtes liegt, welches eben als ein qualificirtes bezeichnet worden, und daß dieses Recht ursprünglich auf der Genossenschaft im Busen und Stamme beruht; wenn auch später diese Grundlage desselben, und zwar auch abgesehen von den Einwirkungen des Repräsentationsrechtes[372]), hinter die Idee des Verbleibens in der Were, so wie hinter die Eigenschaften von Descendenten, Ascendenten und Geschwistern zurückgetreten ist, und letztere in die Reihe der übrigen Seitenverwandten gestellt worden sind[373]). Daß die Abgefundenen schon etwas voraus empfangen, kommt dabei als Grund gar nicht weiter in Betracht; es paßt vielmehr der Begriff eines Empfanges im voraus gar nicht, weßhalb es auch ganz gleichgiltig ist, ob sie bei der Abfindung mehr oder weniger erhalten haben. Ihr Ausgeschlossensein ist nur reine Consequenz des Ausschlusses aus Busen und Stamm, und nicht etwa eines in der Abfindung enthaltenen Verzichtes[374]), bei dem es sich nicht erklärt, wie ihnen denn überhaupt noch ein Erbfolgerecht nach den Eltern verbleiben kann[375]), und in den man die Beschränkung seiner Wirkungen auf das Geschwister des Verzichtenden immer willkürlich hineintragen müßte, um sie zu erklären; eine Beschränkung, welche jedenfalls von denen nicht geleugnet werden kann, die abgefundene Kinder in Ermangelung nicht abgefundener zunächst zur Succession rufen[376]), und für welche auch die Analogie von der Zurücksetzung der halben Geburt in ihrer ursprünglichen Gestalt redet[377]). Wo ein ausdrücklicher Verzicht gefordert wird[378]), da erklärt sich dieß daraus, daß es noch an einem anderen Merkmale der

---

nicht aber nach Lüb. R. II. Tit. 2, Art. 5. Indeß pflegt der Vater doch insofern bevorzugt zu sein, als er das abgesonderte Gut nicht auszuliefern braucht, was sich aus dem mundium und Nießbrauche erklärt.

370) Runde, teutsch. Privatr. §. 608 b. Mittermaier a. a. O. §. 439, Note 10, 11, und das. Cit.

371) Gleichgiltig ist es, ob se twein sit mit der kost oder ne dun. Sächs. Landr. I. 13. §. 1.

372) Vgl. oben Note 354.

373) Vgl. unten Note 502, auch Note 520 flg.

374) S. indeß Mittermaier, a. a. O. §. 438, Note 9, 10, der alles Gewicht auf den Verzicht legt.

375) Lüb. R. II. Tit. 2, Art. 5.

376) Dieß scheint die Ansicht der oben Note 365 angeführten Schriftsteller zu sein.

377) Denn die später zuweilen auch in entfernteren Graden eingetretene Zurücksetzung der halben Geburt bildet keine Parallele mehr zu den abgefundenen Kindern und resp. Geschwister.

378) Vgl. oben Note 367.

Unterscheidung zwischen einer Abfindung und einer bloßen Berathung[379]) fehlt, und er daher erforderlich wird, um jene zu charakterisiren[380]). — Eine bloße Berathung, eine Ausstattung mit gewissen Vermögensgegenständen, welche Eltern ihren Nachkommen zu Theil werden lassen, macht dahingegen nur die Ausübung jenes besonders bevorzugten Erbfolgerechtes von der Einwerfung des Empfangenen bei der Beerbung der Eltern abhängig[381]), hat aber übrigens auf das Erbfolgerecht gar keinen Einfluß[382]). Die Folgen der Abfindung und der Berathung unterscheiden sich eben so von einander, wie im älteren römischen Rechte die Folgen der Emancipation in Beziehung auf das Erbrecht nach Civilrecht und nach prätorischem Rechte verschieden waren. — Ein Ausschluß derjenigen, denen übrigens vermöge ihres Familien- oder Verwandtschaftsverhältnisses ein Erbfolgerecht zustehen würde, in Ansehung einzelner zu seinem Erbe im weiteren Sinne gehörigen Güter, oder vielmehr der Mangel eines Intestaterbfolgerechtes in Ansehung derselben, zeigt sich dann, wenn diese die Eigenschaft des eigentlichen Erbe haben, aber jene zu demselben nicht geboren sind[383]). Dieß tritt dann ein, wenn a) Ehegatten ohne Nachkommen oder b) Ascendenten, denen dann deren Nachkommen, welche als Seitenverwandte die nächsten sind, gleichstehen, — der Erbfolgeordnung nach[384]) die nächsten Erben ihrer kinderlosen Ehegatten oder Nachkommen sind, auf diese Ehegatten aber von ihren Blutsverwandten,

---

379) S. unten Note 380 flg.

380) Anderswo verlangte man statt dessen, daß die Kinder sich ausdrücklich zufrieden erklärten, wenn die Abtheilung als eine bloße Ausstattung erscheinen konnte und als eine Abfindung gelten sollte (Kleфecker a. a. O. S. 492); oder gab gewisse Umstände an, unter denen sie als Abfindung betrachtet werden sollte (n. Lüb. R. II. 2. Art. 33, vgl. mit Art. 34).

381) Vgl. unten Note 604, 605.

382) Mittermaier a. a. O. §. 435, Note 12, 13. Pauli a. a. O. S. 97. Göschen a. a. O. S. 142, 143, und Goßl. Stat. das. S. 12, Z. 5 flg. Hier wird beraden und afgedelet hat (so daß das Kind) doch van deme erve nicht gelaten en hebbe, gleichgestellt; also nicht Beradung und Abtheilung in dem Sinne von Abfindung. S. indeß Göschen a. a. O. S. 142, Note 4. — Ferner: Hamb. Stat. v. 1270 III. 4., v. 1497 J. §. 8, 9, 10, und and. Stat. bei Wigand, Arch. III. S. 4. — Nach schwäb. Landr., wo der Anspruch der Kinder auf eine Aussteuer sich als ein Pflichttheil darstellt, hat sie die Wirkung, daß der Vater nur freie Disposition über die fahrende Habe erlangt. Vgl. oben Note 292.

383) Z. B. wenn der Vater der nächstgerufene Erbe des kinderlos verstorbenen Sohnes ist, welcher Erbe von der Mutterseite her empfangen hat, so kann er darin nicht succediren (Posse a. a. O. Prüfung u. s. w. S. 99, 100), weil er kein ius successionis hat, und wäre er zugleich entfernter Blutsverwandter der Mutter und des Sohnes, so würde er doch nicht in der Gradesnähe, in der er als Vater steht, zur Succession gelangen können (Posse a. a. O. S. 130 flg., und die Erbfolge in Lehen und Stammgüter S. 14 flg. Runde, Beitr. zur Erört. rechtl. Gegenstände S. 416), wie Einige (Danz, Vers. einer histor. Entwickelung der gemeinen Erbfolgeart in Lehen S. 46, 79, 80. Gönner, die Ascendentenfolge in weibl. Lehen u. s. w.) gewollt haben. — Denn die Gradesnähe, in der er als Vater steht, kann nicht auf sein ius successionis, welches er als anderweitiger Verwandter hat, wirken.

384) Vgl. unten IV.

oder auf die Nachkommen jener Ascendenten von anderen Ascendenten oder deren Blutsverwandten, Stammgut oder Erbgut vererbt worden ist. Im letzteren Falle wird zuweilen aus diesem Grunde den Ascendenten, oder den durch sie mit dem Erblasser verbundenen Seitenverwandten, das Intestaterbfolgerecht abgesprochen, und es succediren in dieses Gut vermöge des sogen. Fallrechtes die nächsten Verwandten, regelmäßig die Seitenverwandten[385]), des Erblassers aus derjenigen Familie, aus der das Gut herrührt; so daß hier die Regel gilt: paterna paternis, materna maternis[386]). In Ansehung der Ascendenten, wenigstens wenn sie die Eltern des Erblassers sind, pflegt indeß, vom (Lehn und) Stammgute abgesehen, dieser Mangel des Intestaterbfolgerechtes nicht stattzufinden; ja es wird ihnen dasselbe vielmehr zuweilen ausdrücklich, mit Ausschluß derjenigen Verwandtschaft, von welcher das Gut auf den Erblasser gekommen, zuerkannt, und dieß auch wohl durch die Regel ausgedrückt: die Leibeserben stricken den Wiederfall ab[387]). Letzteres gilt auch im ersten Falle, bei der Beerbung nachkommenloser Ehegatten, also ohne daß es der Leibeserben bedarf, wiewohl das Erforderniß des Beischlafes bisweilen vorkommt[388]); zuweilen schlechthin[389]), zuweilen aber in der Art, daß der überlebende Ehegatte zwar das Gut erbt, es aber nach seinem Tode nicht an seine Erben, sondern an die Familie des vorverstorbenen zurückfällt[390]); und zwar an diejenigen Verwandten, regelmäßig die Seitenverwandten, welche zur Zeit dessen Todes seine nächsten Erben waren oder an deren Erben[391]). Es tritt also auch hier ein Fallrecht ein. — Das Institut ist zwar nicht auf eigentliches Erbe beschränkt geblieben, setzt aber immer voraus, daß bestimmte Immobilien als dessen Gegenstand unterschieden werden, und läßt sich also auch nur unter dieser Voraussetzung beim Erbgute denken[392]), scheint aber beim Stammgute des Adels (welches in der Regel nicht in die Hände von Weibern gelangt und wo die überlebende Frau am Stammgute des Mannes nur eine bestellte Leibzucht zu haben pflegt) für diesen Fall der Succession von Ehegatten nicht zur Anwendung gekommen zu sein. — Man hat zwar für eben diesen Fall auch die Bezeichnung eines fallrechtlichen Nieß-

385) Fischer a. a. O. Erbfolgsgesch. der Seitenverw. S. 49.

386) Vgl. oben Note 210. Mittermaier a. a. O. §. 436, Nr. IV, Ziff. 2, §. 439, Nr. VII, §. 440, Note 12.

387) Z. B. Schorndorfer Stadtrecht, nebst anderen Statuten bei Fischer a. a. O. Gesch. der teutsch. Erbfolge Urk. B. II, S. 252, 220. — Auch Lex Alam. tit. 92.

388) Tübinger Stadtr. v. 1493. Ebendas. S. 125.

389) Statute bei Fischer a. a. O. S. 159, 223, 259, 290, und Erbfolgsgesch. der Seitenverw. S. 10 flg.

390) Fischer a. a. O. Erbfolgsgesch. der Seitenverw. S. 34 flg. — Befällung der Eheleute: Schwarzb.-rudolst. Successionsordn. Art. 15.

391) Also nicht an diejenigen, die beim Tode des vorverstorbenen die nächsten gewesen sein würden, wenn der später hinweggefallene schon damals nicht mehr existirt hätte. Denn dieser succedirte schon. Vgl. unten Note 397.

392) Vgl. oben Note 126 flg., 210.

brauches angenommen, und es getadelt, daß Einige[393]) ihn als eine besondere Art des Fallrechtes betrachtet[394]). Nun ist es freilich nicht zu bestreiten, daß sofort beim Tode des vorverstorbenen das ius succedendi seiner Verwandten zur Existenz kommt, und Statute geben diesen zuweilen selbst das Recht, im Falle der Deterioration dem überlebenden Gatten das Gut zu entziehen[395]). Allein dessenungeachtet hat er alle Rechte, welche dem Eigenthümer, der den Nutzen hat, nach teutschem Rechte am eigentlichen Erbe nur zustehen, namentlich auch die Befugniß, das Gut im Falle rechter Noth zu veräußern[396]). Es ist also das ius succedendi der Intestaterben (obgleich es sich *bereits* zu einem ius successionis in der romanistischen Bedeutung gebildet hat) noch seiner Ausübung nach suspendirt; ähnlich wie wenn der vorverstorbene durch die Heurath mit dem überlebenden eine besondere von der gesetzlichen abweichende Erbfolgeordnung festgesetzt hätte[397]). Allerdings kann aber der überlebende Ehegatte, so wie hier das Eigenthum im angegebenen Sinne, und in anderen Fällen, wo kein Fallrecht besteht, unbeschränktes Eigenthum im römischen Sinne, als sogen. portio statutaria[398]) auf ihn vererben[399]); auch ebenfalls als eine solche portio der Ususfruct am nachgelassenen Gute des vorverstorbenen auf ihn vererben[400]), in welchem Falle ihm aber unter keiner Bedingung eine Veräußerungsbefugniß über das Gut selbst zustehen kann. — Die Regel: längst Leib, längst Gut, umfaßt alle diese drei verschiedenen Fälle. Diese Erbrechte der Ehegatten müssen eben so, wie die statutarische Portion im engeren Sinne, welche nach dem gewöhnlicheren Sprachgebrauche nur den Fall befaßt, wo der überlebende neben den Kindern oder Verwandten des vorverstorbenen von dessen Sondervermögen eine Quote, bald *einen Kindestheil*, es sei nun blos von der fahrenden Habe[401]) oder vom *ganzen* Nach-

---

393) Estor, bürgerl. Rechtsgelehrsamkeit Bd. 3, §. 3227. Koch, D. de iure revol. p. 2.

394) Fischer a. a. O. Erbfolgsgesch. S. 34 flg.

395) So nach den Rechtsgewohnheiten einiger württembergischen Orte, bei Fischer a. a. O. Gesch. der teutsch. Erbf. II. Th. 2, S. 196, 203, 221.

396) Z. B. Dorfsrecht zu Weiler, ebendas. S. 203, vgl. mit Fischer, Erbfolgsgesch. S. 36. — Die geringe Zahl der Zeugnisse kann die Annahme einer Singularität übrigens hier nicht begründen, da man, wenn man dieses Verhältniß nicht annehmen wollte, ohne Weiteres in das teutsche Institut einen römischen Ususfruct hineintragen müßte.

397) Vgl. unten Note 468. Indeß besteht ein Unterschied in Ansehung des Anspruches auf ein Surrogat der Nutzungen.

398) Vgl. in diesem Werke den Art. Güterrecht der Ehegatten, auch zu dem Nachfolgenden bis Note 423.

399) Daraus erklärt es sich, daß auch bei jenem Fallrechte der überlebende für die Schulden haftet. Vgl. indeß Fischer a. a. O. S. 47, 48.

400) Vgl. oben Note 154—157. — Daß dieß keine Universalsuccession ist (Runde, Güterr. S. 241), ändert hier nichts.

401) So die Frau nach schwäb. Landr. C. 147, 161, Senckenb. 283, 288. — Das C. 26, Senck. 270, von den Worten: Nach dem totleibe, ist sächs. Recht, wobei das Wort: Gerade, in fahrende Habe verwandelt und die Zahl der Gegenstände um einige vermehrt ist. Allein die Worte des Cap. 161:

lasse[402]), bald ein Viertheil[403]), bald einen je nach der Concurrenz mit Kindern, Eltern oder anderen Verwandten verschiedenen Antheil[404]), zuweilen auch unter der Bedingung der Collation seines eigenen Vermögens[405]), ererbt[406]); zwar von der Dauer der Ehe bis zum Tode des einen abhängen, so daß sie durch eine eigentliche Ehescheidung erloschen[407]). Sie sind aber auch von einseitigen Dispositionen des vorverstorbenen unabhängig[408]), und haben insofern den Charakter des römischen Pflichttheils[409]). Ganz in derselben Lage ist aber auch das Recht des Ehegatten auf den ideellen Antheil des anderen bei der gesammten Hand[410]), indem es davon abhängt, daß das Gut durch den Tod des einen einhändig wird; aber auch nur davon abhängig sein kann, weil es eben durch die Ehe erworben wird. Auch bei eigentlicher Gütergemeinschaft, wo die Frau nur Genossin des Vermögens des Mannes ist, kann zwar kein Theil dem anderen sein Recht durch einseitige Dispositionen entziehen, aber es ist von der Dauer der Ehe bis zum Tode des einen überall nicht abhängig, weil jede Beendigung des ehelichen Verhältnisses die Gemeinschaft, durch welche allein der Ehemann Subject des Gemeinvermögens war, aufhebt und das durch dasselbe begründete Recht der Frau auf ihren Antheil zur Existenz bringt[411]). Da indeß das teutsche Recht in der Abfindung bei Lebzeiten einer zu beerbenden Person eine Beerbung anerkennt, so steht dieß nicht entgegen, die Frau auch hier als Erbin im teutschen Sinne zu behandeln[412]). Allein es kann hier nicht auch um-

---

.. vnde git siner wirtin ir gut wider. vnde sins gutes also vil. als sie ze samene kamen. ane gedinge, scheinen auf eine Art von Wiederlage zu deuten, und zwar an fahrender Habe, worauf die Vertheilung sich hier immer bezieht, neben jenem Kindestheile, die aber nach Cap. 147 hinwegfallen muß, wenn der versterbende Mann nicht auf seinem Sterbebette getheilt hat.

402) Bayer. Landr. Oesterr. Gesetzbuch §. 757.

403) So der Mann, nach der holst. Verordn. v. 15. Juni 1742.

404) Holst. Verordn. v. 15. Juni 1742. Königl. sächs. Ges. v. 31. Jan. 1829 §. 66. Schwarzburg. Successionsordn. §. 130. Weimar. Erbgesetz §. 56.

405) Brückner, gothaisches Privatr. S. 137. Kümpel, Handb. des meiningischen Rechtes S. 155. — Aufgehoben im Königr. Sachsen, Schwarzburg und Weimar. Mittermaier a. a. O. §. 443, Note 7, mit Note 12, 13.

406) Mittermaier a. a. O. §. 443, Note 29, 32, 33.

407) Mittermaier a. a. O. §. 443, Note 36. c. 10. X. de consuet. Vgl. unten Note 414, 418—422.

408) Mittermaier a. a. O. §. 443, Note 4, 5, 15—19, 20—28, 24—35.

409) Mittermaier a. a. O. §. 443, Nr. III, und Note 25—28.

410) Vgl. oben Note 12.

411) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 406, Note 10, 15, 16, §. 412, Note 13. — Wenn Particulargesetze die Wirkungen der Gütergemeinschaft für diesen Fall durch Zurückführung des Gutes auf seine ursprünglichen Bestandtheile rescindiren, oder den schuldigen Gatten jedes Antheiles verlustig erklären (Mittermaier a. a. O. §. 406, Note 11—14 und das. Cit.), so hängt dieß zum Theil wenigstens mit den Strafen der Verschuldung der Scheidung zusammen.

412) So auch Mittermaier a. a. O. §. 403, Note 8, und das. Cit., aber auch §. 441, Note 18.

gekehrt der Mann Erbe der Frau sein, weil er schon Subject des ganzen Gemeinvermögens ist, also immer nur behalten kann, was er bereits hat[413]), wenn ihn auch der Hinwegfall der Genossin von Beschränkungen befreit. Als Erben der Frau kann man ihn aber kaum betrachten, wenn ihm da, wo keine innere Gütergemeinschaft besteht, sondern er, wie nach sächs. Landr., nur eine Gewere am ganzen Vermögen der Frau, oder blos ein Mundium hat, beim Tode der Frau deren Mobilien verbleiben[414]), die ihm im Falle einer Ehescheidung denn auch nicht zufallen[415]). Auf den Anspruch der Frau auf Gerade, Morgengabe und Mußtheil paßt dahingegen der Begriff eines Erbrechtes nicht, weil derselbe nicht *dadurch* zur Existenz gelangt, daß der Mann *als Rechtssubject* in Beziehung auf sie hinwegfällt, sondern durch den ehelichen Status der Frau schon begründet ist (wiewohl die einzelnen Gegenstände der Morgengabe in der Regel erst durch eine Gabe des Mannes bestimmt werden), und durch die Auflösung der Ehe wird nur das Hinderniß hinweggeräumt, welches die Pflicht zum gemeinschaftlichen Leben und Wirken bisher einer factischen Separation derselben von den Gütern des Mannes entgegensetzt[416]); ein Gesichtspunkt, der auch für die zuweilen an die Stelle der Wittwengerade getretenen fräulichen oder Haubenbandsgerechtigkeit gelten muß[417]). Auch durch Ehescheidung wird die Gerade[418]) und das Mußtheil[419]) nicht verloren[420]), wohl aber die Morgengabe[421]); und die Gerade fällt auf ihre Erben, wenn sie beim Leben des Mannes stirbt[422]). Wo nicht der sogen. Voraus der Ehegatten unter denselben Gesichtspunkt fällt, da ist er schon deßhalb kein erbrechtlicher, weil er nur auf Gegenstände geht, die schon während der Ehe als der besondern Disposition des Berechtigten zugewiesen erscheinen[423]). Außer diesen aus dem teutschen Rechte entspringenden ehelichen Intestaterbfolgerechten und

---

413) Vgl. auch Mittermaier a. a. O. §. 441, Note 4.

414) Sächs. Landr. III. 76. §. 2, vgl. mit I. 31. §. 1. Im Königr. Sachsen, in Schwarzburg und Weimar aufgehoben: Mittermaier a. a. O. §. 443, Note 9.

415) Sächs. Landr. III. 74. Vgl. auch schwäb. Landr. Cap. 146, Senck. 403.

416) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 384, Note 17, und das. Cit. — Die Idee einer Gütergemeinschaft (ebendas.) liegt dabei denn auch allerdings zum Grunde, insofern damit die *äußere* gemeint ist.

417) S. in diesem Werke den Art. Güterrechte der Ehegatten.

418) Sächs. Landr. III. 74.

419) Sächs. Landr. III. 74. Nach sächs. Landr. III. 38. §. 3 fällt es ihr nur beim Tode des Mannes zu.

420) Eben so wenig als die *bestellte* Leibzucht: Sächs. Landr. I. 21. §. 2, III. 74. Schwäb. Landr. C. 146, Senck. 403.

421) Sächs. Landr. III. 38. §. 3, III. 74. Bayer. Landr. Th. 1, Cap. 6, §. 43. C. C. Bamb. a. 145. Im Falle der Scheidung oder Ungültigkeitserklärung wegen Ehehindernisse macht beim matrimonium putativum eine Ausnahme: Schwäb. Landr. Cap. 24, Senck. 304.

422) Sächs. Landr. I. 31. §. 1.

423) Vgl. oben Note 307.

Vermögensansprüchen gibt das römische Recht der armen unbotirten Wittwe neben den sonstigen Erben des Mannes, und beiden Ehegatten in Ermangelung von testamentarischen oder blutsverwandten Erben des vorverstorbenen, ein eigentliches Erbrecht[424]). — Allein das erstere muß schon da, wo jene teutschen Rechte die Armuth der Ehefrau aufheben, der Anwendung entbehren, und es läßt sich nur an wenigen Orten ein bestehender Gebrauch dieser römischen Erbrechte annehmen oder nachweisen[425]). Neben diesem auf Blutsverwandtschaft und Familienverhältnisse beruhenden Intestaterbfolgerechte stellt sich bei dem einer Schutz- oder Grundherrschaft unterworfenen Erblasser zuweilen noch ein teutsches Intestaterbfolgerecht[426]) des Subjects jener Herrschaft in einzelne Güter[427]); zuweilen aber auch in eine Quote des Nachlasses, und unter Umständen selbst in den ganzen Nachlaß. Obgleich es jetzt häufig in eine bloße Reallast verwandelt ist[428]), scheint es doch ursprünglich auf der Idee zu beruhen, daß das unter dem Schutze des Herrn oder durch die Benutzung des von ihm verliehenen Gutes erworbene Vermögen des Schützlings mit dessen Hinwegfall ihm zufalle[429]), wie dieß denn auch in Ermangelung von allen und jeden sonstigen Erben der Fall war[430]); die Ausübung desselben aber im Falle des Daseins von Erben insofern beschränkt sei, daß er sich mit einer angemessenen Anerkennung desselben zu begnügen habe. Dieses Recht des Herrn, der Sterbefall, der Versterb, der Fall, das mortuarium, ergreift gewöhnlich zur Bewirthschaftung des verliehenen Gutes dienende Gegenstände (Buttheil, Buleviege, Baulebung), bald den besten oder den Haupttheil (Besthaupt, Hauptfall, Hauptrecht), bald denjenigen, den der Herr wählt (Churmede, Köhrrecht, Köhrpferd), und wird als eine Ab-

---

424) Mag es auch im Sinne des römischen Rechtes bestritten werden können, ob die arme Wittwe Erbin ist (Glück, Intestaterbf. S. 425, und das. Cit. Vangerow, Leitf. II. S. 322 flg.), zumal da sie zuweilen nur Nießbrauch bekommt, so leidet es doch kein Bedenken, sie im teutschen Sinne als solche zu betrachten. Vgl. auch oben Note 400.

425) Mittermaier a. a. O. §. 441, Note 7, 8, 16.

426) Grimm, R.-A. S. 371.

427) Die Pflicht der Erben zur Einlieferung gewisser Waffenstücke und Pferde des Verstorbenen, des Heergeräthes (Estor, comment. de minister. Arg. 1727. Sect. III. P. XVII. c. 2. u. c. 10. §. 428. Lünig, corp. iur. feud. III. nr. 88. p. 10. 11. Schwäb. Landr. Cap. 25, Senck. 267) an den König oder Lehnsherrn scheint eine Folge des alten Gebrauches zu sein, daß der princeps seinen comites Pferd und Waffe gab (Tacitus, de morib. Germ. c. 14.), welche als nur zu seinem persönlichen Gebrauche verliehen angesehen werden mochten.

428) S. Maurenbrecher a. a. O. §. 343. Eichhorn a. a. O. §. 71, Note bb.

429) Vgl. Heinecc., elem. iur. Germ. I. tit. 1. §. 4. 5. Ohne dieß als Grund aufzustellen, stellt man es gewöhnlich im Zusammenhange mit der Leibeigenschaft dar, wiewohl man freilich nicht verschweigt, daß es auch bei Freien vorkomme. Vgl. Runde a. a. O. §. 550. Eichhorn a. a. O. §. 71. Mittermaier a. a. O. §. 93, Note 23 flg., und abweichend Maurenbrecher a. a. O. Schutzhörige und Grundholden sind aber diejenigen, welche bald zu den Leibeigenen, bald zu den Freien verwiesen werden.

430) Schwäb. Landr. C. 30, Senckenb. C. 274.

lösung des Rechtes des Herrn, auch als die Frohnlose, oder der Todtenzoll, bezeichnet[431]). Bisweilen schließt der Berechtigte außer den Ehegatten und Kindern des Verstorbenen alle Intestaterben[431a]), und folgeweise denn auch testamentarische und vertragsmäßige Erben, welche sich auch sonst, gleich den Intestaterben, seine Concurrenz gefallen lassen müssen, aus; was aber unter Lebenden, selbst durch Schenkung, veräußert worden, ist dem Sterbefalle entzogen[431b]). Wenn der Berechtigte nicht in den ganzen Nachlaß oder eine Quote desselben succedirt, so kann er wegen Schulden des Erblassers nur zur Herausgabe des Gutes oder dessen Werthes verpflichtet sein[431c]). — Diesem Rechte des Schutzherrn an die Seite zu stellen ist das Recht des Fiscus, den Nachlaß solcher Personen, welche als rechtlos gelten, keiner Familie angehören, unter des Königs Schutze stehen, und daher von Blutsverwandten und Familiengenossen nicht beerbt werden[432]), als Spielleute[433]), unehelich Geborene (daher: Bastardenfall)[434]) und Fremde[435]), an sich zu ziehen; ein Recht, welches zuweilen auf Städte überging[436]). — In Ansehung der wegen Geburt oder Gewerbe rechtlosen Personen fiel es jedoch schon früh hie und da hinweg[437]), und wurde in späterer Zeit durch die Veränderung der Ansichten über Rechtlosigkeit und das römische Erbrecht verdrängt. — In Ansehung Fremder wurde es zuweilen üblich, daß es von den sonstigen Erben durch eine Geldsumme, ähnlich wie das Recht des Schutzherrn durch das mortuarium, abgelöst werden konnte

---

431) Ueber dessen Gegenstände: Grimm a. a. O. S. 364 flg.

431a) Eichhorn a. a. O. §. 71, Note w, x.

431b) Grimm a. a. O. §. 371, Note **.

431c) Vgl. Eichhorn a. a. O. §. 71, nach Note r.

432) Eines der angegebenen Merkmale findet sich wenigstens immer bei denjenigen Personen, denen in der gedachten Art die passive Erbfähigkeit fehlt. Welches bei jeder der Grund dieses Mangels sei, und daß durchherrschend der Grundsatz gegolten: wer rechtlos ist, steht in keiner Familienverbindung, daher unter Königsschutz, und der König ist sein Erbe, läßt sich zwar nicht nachweisen. Daß aber der Mangel an Familienverbindung die Succession des Fiscus begründet, zeigt die Bestimmung der L. Sal. tit. 63. über den, der sich davon lossagt.

433) Privil. Friedrich II. für Goslar, bei Göschen a. a. O. S. 114, Z. 31, 32: Item advocatus civitatis (der kaiserliche Voigt) nullius hereditatem debet accipere praeterquam histrionum ioculatorum et advenarum. — Die Begünstigung für die Stadt liegt hier darin, daß der Voigt den Nachlaß anderer rechtloser Personen, wie z. B. unehelich geborener, nicht einziehen darf.

434) Ueber deren Rechtlosigkeit, Mangel an Familienrecht, Königsschutz und Mangel an passiver Erbfähigkeit: Mittermaier a. a. O. §. 435, Note 7—11, 14, 15, und das. Cit.

435) Ueber deren Rechtlosigkeit, Königsschutz und Mangel an passiver Erbfähigkeit: Mittermaier a. a. O. §. 105, Note 1—10, §. 106, Note 4—7, und das. Cit. Vgl. Priv. Friedr. II. für Goslar a. a. O.

436) Mittermaier a. a. O. §. 445, Note 2. Das trat aber wohl ohne Zweifel nur ein, wenn sie gänzlich des kaiserlichen Beamten sich entledigten, und es wurde wohl nie Städten als besonderes Recht verliehen.

437) Vgl. oben Note 328.

(Frembenkauf)[438]), und es fiel später ebenfalls weg[439]). Das Recht des Fiscus auf den Nachlaß anderer Personen in Ermangelung von sonstigen Intestaterbfolgeberechtigten (und in späterer Zeit auch von) Vertrags- und Testamentserben, oder auf den Fall, daß dieselben ihr Recht nicht zur gehörigen Zeit geltend machen, welches zuweilen eben so, wie das auf den Nachlaß der Rechtlosen, dem Richter, dem mit der Gerichtsbarkeit belehnten Beamten, zugeschrieben wird[440]), kommt zwar bereits in den Quellen der fränkischen Zeit vor[441]), scheint aber in dieselben schon aus dem römischen Rechte hinübergegangen zu sein[442]), nach dem es gemeinrechtlich heutzutage zu beurtheilen ist[443]). Dieses Recht des Fiscus kann aber ausnahmsweise noch wiederum durch andere ab intestato, in Ermangelung von Verwandten und Ehegatten, zur Erbfolge Berechtigte ausgeschlossen werden. Dahin gehört aus dem römischen Rechte die Succession des Miteigenthümers des ihm und dem Erblasser von dem Regenten gemeinschaftlich geschenkten Gutes[444]), welche von der Erbfolge nach teutschem Begriffe nicht auszuschließen ist; ferner die Succession gewisser Collegien, wobei denn freilich deren juristische Persönlichkeit vorausgesetzt werden muß, in den Nachlaß ihrer Mitglieder[445]), deren Anwendbarkeit auf die heutigen ganz von jenen römischen verschiedenen Collegien sich zwar nicht rechtfertigen lassen dürfte, aber dennoch in Ansehung der Militärregimenter[446]) und der Academien[447]) behauptet wird[448]); so wie in Ansehung der Zünfte eine solche Succession zuweilen particularrechtlich begründet ist[449]). Auch der Kirche, bei der ein verstorbener Geistlicher angestellt war, ist im römischen Rechte ein solches Successionsrecht in dessen Nachlaß gegeben[450]); und hinsichtlich ihrer steht der gemeinrechtlichen Anwendbarkeit desselben kein Grund entgegen, wenn gleich ihm ursprünglich die Ansicht zum Grunde liegen mag, daß das Gut des Geistlichen ein Ersparniß aus seinen, aus dem Vermögen der Kirche gekommenen, Einkommen sei. Ebenfalls dem römischen Rechte entsprungen ist die Succession des Klosters in das Vermögen desjenigen,

---

438) Mittermaier a. a. O. §. 106, Note 10, und das. Cit.

439) Runde a. a. O. §. 320.

440) Sächs. Landr. I. 28. vgl. mit II. 60. §. 2, ferner III. 56. §. 3, 80. §. 1, 81. §. 1. Gosl. Stat. a. a. O. S. 9, Z. 1 flg. (vgl. oben Note 433). Schwäb. Landr. C. 30, Senck. C. 274.

441) L. Sal. tit. 62. L. Baiuv. tit. 14. c. 9. §. 4.

442) Eben so wie die damit zusammenhängende Beschränkung der Intestaterbfolge der Verwandten auf gewisse Grade aus römischen Stellen. Vgl. oben Note 342.

443) Mittermaier a. a. O. §. 445, Note 6 a.

444) L. un. C. si liberal. imperial. soc. etc. (10. 14.) Vgl. Glück, von der Intestaterbfolge §. 265.

445) Tit. C. de hered. decur. etc. (6. 62.)

446) L. 2. C. eod.

447) Glück a. a. O. §. 203, 204.

448) Thibaut, System des Pandektenr. §. 864.

449) Vgl. Mathis, jurist. Monatsschrift Th. I, S. 461.

450) L. 20. C. de episc. et cleric. (1. 3.)

der unter Profeßleistung in dasselbe eintritt, ohne anderweitig über dasselbe verfügt zu haben. Allein diese Succession wird auf die Fiction einer stillschweigenden Disposition zu Gunsten des Klosters gegründet und schließt, abgesehen von dem Pflichttheile der Kinder und den Rechten der Ehefrau, alle übrigen Intestaterbfolgeberechtigten aus[451]). Sie ist daher von der Intestatsuccession ganz auszuscheiden. — Der bloße Eintritt in ein Kloster ertheilt aber diesem, wenn er auch eine anticipirte Succession der Intestaterben zur Folge haben kann[452]), ein solches Recht nicht[453]). Dem Eintritte in ein Kloster wird zuweilen zwar der in ein Hospital gleichgestellt[454]). Wenn aber den Verpflegungsanstalten, z. B. Armen- und Waisenhäusern, particularrechtlich zuweilen ein Successionsrecht auf denselben Fall zugestanden wird, wie das römische Recht es gewissen Corporationen gestattet[455]), so muß man es dem Successionsrechte dieser gleichstellen, weil es von dem den Klöstern eigenthümlichen Successionsrechte durchaus verschieden ist. Das Recht des Verpflegers eines Blödsinnigen, denjenigen Testaments- und Intestaterben desselben, welche aufgefordert sich der Verpflegung des Blödsinnigen nicht unterzogen, den Nachlaß oder ihren Antheil an demselben zu entreißen[456]), gehört eben so wenig hierher, als eine sonstige Entreißung ob indignitatem[457]).

IV. Intestaterbfolgeordnung ist diejenige Ordnung, in welcher mehrere Intestaterben, neben oder nacheinander, nach einem und demselben Erblasser, zur Succession gelangen. Insofern man unter dem Intestaterbfolgerecht ein ius succedendi versteht, kann es überhaupt Niemandem zustehen, der nach jener Ordnung noch nicht zur Succession gerufen ist; und insofern ist diese Ordnung, wenn man sie subjectiv, als das durch sie begründete Recht, auffaßt, mit jenem Erbfolgerechte identisch[458]). Wenn insofern, und nach römischem Rechte durchgängig, diejenigen Recht haben, welche einen Unterschied zwischen jenen und diesem leugnen[459]), so geben sie doch selbst zu, daß der teutsche Intestaterbe,

---

451) Nov. 5. c. 5.

452) Vgl. oben Note 10.

453) Daß wenn Jemand zur Strafe in ein Kloster gesteckt wird, er sein Vermögen an dasselbe verlieren kann (Nov. 12. c. 2. Nov. 117. c. 8. Nov. 127. c. 4. Nov. 134. c. 10. 11.), gehört eben so wenig hierher, als die Confiscation (vgl. oben Note 5).

454) Gosl. Stat. a. a. O. S. 15, Z. 88, S. 16, Z. 6: ⅓ vererbt sofort, ⅓ fällt an den Rath und ⅓ verbleibt dem Eintretenden.

455) Mittermaier a. a. O. §. 445, Note 7—9.

456) Nov. 115. c. 3. §. 12.

457) Vgl. oben Note 6. — Man stellt es indeß gewöhnlich hierher.

458) Man darf also diese Ordnung nicht in eine (selbstständige) Befugniß verwandeln, wie es in der Redensart: Jemand hat die Erbordnung, geschehen. Griesinger, in der Forts. von Danz, Handb. des teutsch. Privatr. IX. S. 364 flg.

459) So Posse in den angeführten Schriften. — Seine Einwendungen, gegen die namentlich Maier, a. a. O. S. 43 flg., und Griesinger, a. a. O. S. 354 flg., sich erklärt haben, treffen aber nur die unrichtige Anwendung. Vgl. oben Note 388, 458.

auch ehe er zur Succession gerufen ist, schon ein Recht haben kann, die Veräußerung des Gegenstandes, auf den sich sein Erbfolgerecht bezieht, unwirksam zu machen[460]). Ein solches Recht läßt sich aber nur als Ausfluß eines anderen Rechtes denken, weil sonst kein Interesse mit demselben verknüpft sein könnte; und dieses Recht kann hier doch kein anderes sein, als eben das Erbfolgerecht, welches hier schon vor dem Berufensein durch die Erbfolgeordnung besteht, und also bereits vor dem Eintritte dieses Momentes erworben sein muß[461]). Das römische Erbfolgerecht bezieht sich auf das Vermögen einer Person; Subject eines und desselben Vermögens kann immer nur einer sein; daher kann, so lange das Subject desselben vorhanden ist, kein anderer ebenfalls als dessen Subject gedacht werden, und ist es hinweggefallen, so ist auch das Vermögen untergegangen, wenn nicht demselben noch ein Subject fingirt wird, wie dieß in der Periode zwischen Delation und Erwerb der Fall ist (hereditas defuncti personam sustinet). Hier kann es nur in dieser Periode ein gegenwärtiges Erbfolgerecht geben. Teutsches Erbfolgerecht, d. h. das eigenthümlich teutsche am Familiengut, geht aber auf ein Gut, an welchem mehreren zugleich ein dingliches Recht zustehen kann, und welches immer dasselbe bleibt, in wessen Herrschaft es sich auch befindet. Daher kann es als gegenwärtiges Recht bestehen, wenn das Gut noch unter der Herrschaft eines anderen ist; es kann dasselbe Erbfolgerecht fortbestehen, wenn auch das Gut in die Herrschaft eines anderen durch Erbfolge übergegangen ist; aber es steht nun nach einem anderen Erblasser[462]) zu, und geht dann ganz verloren, wenn die Entfernung von diesem so groß ist, daß keine Erbfolge mehr nach ihm bestehen kann; der Grund seines Unterganges ist also nicht die Succession des Anderen (wie im römischen Rechte), sondern die Entfernung von ihm. Während nach römischem Rechte nach jedem Erblasser ein anderes Erbfolgerecht eintritt, findet hier nur eine andere Erbfolgeordnung nach jedem neuen Erblasser statt. — Ein erworbenes Erbfolgerecht, ein ius successionis im Sinne des römischen Rechtes, wird erst durch den Gebrauch des ius succedendi erlangt und hängt dann von keiner Erbfolgeordnung weiter ab. — Das dem teutschen Rechte eigenthümliche angeborne Erbfolgerecht ist hier schon vor der Succession ein bereits erworbenes Erbrecht,

---

460) Posse, Prüfung u. s. w. S. 9 flg., 78 flg.

461) Der Ausdruck: Erbhoffnungsrecht (Posse, Prüfung u. s. w. S. 9 flg., 73 flg., 100 flg., die Erbfolge u. s. w. S. 6 flg., 53 flg.) paßt für dieses Verhältniß auch dann nicht, wenn man von der Unmöglichkeit eines Rechtes zu hoffen absieht, und es so versteht, daß ein rechtlicher Grund für die Möglichkeit der Succession gegeben sei.

462) Daher ist es ganz richtig, wenn in Beziehung auf Lehen, dem insofern das Erbe gleichsteht, sagt: das Erbfolgerecht empfange man vom ersten Erwerber des Gutes (ex pacto et providentia maiorum), die Erbfolgeordnung richte sich aber nach dem letzten Besitzer: Boehmer, elect. iur. feud. II. p. 252. 253. Letzteres Moment ist es, was Posse, a. a. OO., überall bestreiten will, aber seine Einwendungen treffen (abgesehen von der longob. Lehnsfolge) auch hier nur den Mißbrauch.

ein ius successionis; aber von der Successionsordnung hängt noch das Recht zur Ausübung desselben ab, worin hier das ius succedendi besteht. Das ius succedendi ist es also allein, welches von der Erbfolgeordnung immer abhängt; es habe nun die römische Bedeutung einer Befugniß, das ius successionis zu erwerben, oder wie bei der eigenthümlich teutschen Erbfolge, einer Befugniß, das bereits erworbene ius successionis auszuüben. Diese Befugniß ist dann, so weit sie, es sei nun dem Umfange oder der Zeitdauer nach, reicht, nothwendig eine ausschließliche; während, ehe sie hinzutritt, dieses teutsche ius successionis mehreren gleichzeitig nebeneinander in Ansehung desselben Gutes zustehen kann, weil es noch dieses nicht als Object in sich faßt[463]). Die Erbfolgeordnung kann von zweifacher Bedeutung sein, indem sie entweder bestimmen kann, inwiefern einer den anderen von dem ius succedendi nach demselben Erblasser auf immer ausschließt, oder inwiefern unter mehreren, welche nach der gesetzlichen Ordnung neben einander zur Succession gerufen sind und vermöge ihres ius succedendi das ius successionis in der romanistischen Bedeutung erworben haben, dennoch nicht Alle gleichzeitig zur vollen Ausübung desselben gelangen sollen, einer in dieser Hinsicht vorgeht, der andere nachsteht und sich etwa einstweilen mit einem Surrogat für die Ausübung des ius succedendi begnügen muß[464]). Fließt eine Erbfolgeordnung aus allgemeinen Rechtsnormen, so muß man freilich in der Regel die Zurückgesetzten so ansehen, als ob sie noch gar kein ius succedendi erlangt hätten[465]), und wenn hier den Zurückgesetzten ein Anspruch auf Abfindung dem Bevorzugten gegenüber zusteht[466]), so muß man jene im Zweifel als wirkliche Theilnehmer an der dermalen eröffneten Succession betrachten; und jeder, der durch diese Erbfolgeordnung zurückgesetzt wird, kommt durch die Succession anderer *in ein entfernteres* Verhältniß zu dem Gute. Nur ausnahmsweise ist *dieß anders, nämlich* bei der Verfangenschaft und dem Fallrechte[467]). Eine Erbfolgeordnung aber, welche ihr Dasein der einseitigen Disposition eines Stammsubjectes allein verdankt, kann, wenn sie nicht aus besonderen Gründen dem Gesetze gleich steht, auch seinen Nachkommen das einmal nach der allgemeinen Rechtsnorm begründete Verhältniß zu dem Gute eben so wenig entziehen, als sie von dem ius succedendi nach ihm auf immer ausschließen[468]). Daß die teutsche Erbfolgeordnung, ihrer Grundlage nach wenigstens, eine Parentelenordnung ist, d. h. eine solche, in der jeder Stammvater des Erblassers mit seiner Nachkommenschaft, auch wenn diese sich wiederum in mehrere Linien oder Nachkommenschaften[469]) spal-

463) Vgl. oben Note 16.

464) Die Apanagirten. Vgl. oben Note 256. Dieß romanistische ius successionis kann aber mehreren zugleich an demselben Gute nur nach ideellen Antheilen zustehen.

465) Posse, Prüfung u. s. w. S. 7.

466) Vgl. oben Note 228 flg.

467) Vgl. oben Note 146 flg.

468) Vgl. oben Note 71.

469) Der Unterschied zwischen Parentel und Linie ist darin zu setzen, daß

tet, einen besonderen Verwandtschaftskreis bildet, dessen Genossen ihm, dem Stammvater, zunächst succediren, und in der, wenn ein Erblasser ohne Nachkommen ist, zunächst[470]) der Verwandtschaftskreis seines Vaters, dann der seines Großvaters u. s. w. zur Succession kommt[471]), so daß das Gut eines nachkommenlosen Erblassers immer zunächst wieder an diejenige Familie gelangt, die es zuletzt abgeben müssen, erscheint zwar der als Grundlage dieser Erbfolge vorhin (II. Anf.) angeführten Idee entsprechend. — Auch leidet es, von der longobardischen Lehnsfolge abgesehen[472]), keinen Zweifel, daß unter den Genossen **jedes Kreises** derjenige den übrigen vorgeht, welcher dem Erblasser am nächsten dem Grade nach ist (sogen. Linealgradualsystem), d. h. zwischen dem und dem Haupte seiner Parentel, dem ihm mit letzterem gemeinschaftlichen Stammvater, die geringste Zahl von Zeugungen oder Erzeugern vorgegangen ist oder existirt hat[473]), und daß nicht etwa, wenn die Parentel sich wiederum in mehrere Linien gespalten hat, z. B. in die Nachkommenschaft von zwei Oheimen, die mehreren Linien auch dann zugleich neben einander succediren, wenn die nächsten Genossen der einen Linie dem Grade nach entfernter sind als die nächsten der anderen[474]). Allein so weit die

---

man bei jener Benennung nur auf die Gemeinschaft eines Stammvaters, bei dem Ausdrucke Linie aber auf die Gemeinschaftlichkeit des stammväterlichen Verhältnisses in Ansehung aller Erzeuger zu gewissen Abkömmlingen sieht. Der Begriff von Linie ist daher enger als der von Parentel, und wenn man bei einer Unterabtheilung einer Parentel die Verzweigungen jener nicht berücksichtigt, paßt für sie die Bezeichnung Linie, als Gegensatz der Parentel, wiewohl man beide Benennungen nicht selten verwechselt. Vgl. auch **Maier** a. a. O. I. S. 15 flg.

470) Diese Ordnung findet sich so in allen französischen Gesetzen und coutumes, wo man daraus ein unendliches Repräsentationsrecht der Seitenverwandten gemacht hat. S. **Fischer**, Erbfolgsgesch. der Seitenverw. S. 61 flg. und das. Cit. Dafür, daß sie in Teutschland, auch wo **sonst Abweichungen** davon stattfinden, beim Fallrechte gegolten haben sollte (ebendas. S. 55 flg., 66 flg., besonders S. 67, wiewohl mit der Modification, daß die Ascendenten hier ausgeschlossen sind), gibt es weder einen Grund noch Zeugnisse. Es sei denn, daß damit gesagt sein soll, was oben Note 391 bemerkt.

471) Dahin neigt sich **Maier** a. a. O. S. 129, 133, und entschieden dafür ist **Danz**, Handb. VII. S. 315.

472) Vgl. II. Feud. 50. **Danz** a. a. O. S. 70. **Pütter**, Erört. I. S. 232. **Posse** a. a. O. S. 92, 149.

473) Vgl. **Mittermaier** a. a. O. §. 436.

474) So scheint die Sache indeß aufzufassen: **Fischer** a. a. O. Gesch. der teutsch. Erbf. I. S. 123 flg., 134 flg. Er nimmt ein engeres Gesammteigenthum der nicht abgetheilten, ein weiteres der abgetheilten Verwandten unter einander an. So lange jene vorhanden, succedirt keiner von diesen. Fehlt es an jenen, so sind diejenigen die nächsten, die bei der letzten (er sagt freilich der ersten, wodurch er aber vollkommen unverständlich wird) Abtheilung abgesondert wurden (die durch die Unterabtheilungen näher sind, S. 125), und auf jeden Theilnehmer derselben oder dessen Linie, sofern sie existiren, fällt gleicher Theil (S. 124). Es concurriren demnach alle Linien, deren Häupter, z. B. zwei Brüder oder Oheime des Erblassers, bei jener Theilung concurrirten, sobald nur von ihnen noch Personen übrig sind, gleichviel ob übrigens näher oder

Quellenzeugnisse reichen, finden sich so bedeutende Abweichungen von der Parentelenordnung, daß fast keine Spur von einer solchen übrig bleibt, wenn diese auch, aber jedenfalls abgesehen von den Verhältnissen des Busens und des Stammes[475]), römischen oder canonischen Einwirkungen zuzuschreiben sein mögen[476]). Das sächs. Landr. ist die älteste Quelle, aus der sich ein Princip für die Erbfolgeordnung entnehmen läßt[477]); und hier erscheint als das durchgreifend entscheidende Moment das Glied[478]). Ein Glied entsteht durch Eine, oder jede, zwischen dem Erblasser und dessen Verwandten die Verwandtschaft vermittelnde Person, welche nur zu Einem von ihnen, unmittelbar oder mittelbar, in dem Verhältnisse einer erzeugenden steht; und so viele solche Personen zwischen ihnen stehen, so groß ist die Gliederzahl, in der dieser von jenem entfernt ist[479]). Eltern und vollbürtiges von den Eltern nicht abgefundenes Geschwister des Erblassers bilden im Verhältnisse zu anderen nur Ein Glied, und stehen mit dem Erblasser vereint im Stamm[480]); erst Enkel und Geschwisterkinder stehen im ersten Gliede. Die Berechnung der Verwandtschaftsgrade des canonischen Rechtes stimmt damit überein[481]), abgesehen davon, daß es in der Seitenlinie nur bis zum gemeinschaftlichen Stammvater zählt[482]); während die römische Gradesberechnung auf die Zahl der Zeugungen sieht[483]). In der geraden Linie stehen das Glied,

---

entfernter. Die Regel: der nächste zur Sippe der nächste zum Erbe, die dabei angerufen wird, führt aber zu anderen Resultaten. S. unten Note 496 flg.

475) Vgl. oben Note 343 flg.

476) Maier a. a. O. I. S. 137.

477) Die, sehr ins Detail gehende, Lex Wisig. IV. 1. hat die römische Gradescomputation. Der Ausdruck generatio (vgl. unten Note 481) ist ebenfalls für die Erkenntniß jenes Principes unbrauchbar. Denn will man auch (mit Gaupp, Ges. der Thüringer S. 344 flg.) ihn mit Parentel gleichbedeutend nehmen, so wird er doch immer nur gebraucht, um das Ende der Successionsordnung zu bezeichnen.

478) Sächs. Landr. I. 3. Geniculum: Lex Rip. tit. 56. §. 3. Lex Sal. tit. 47. §. 3. L. Longob. Roth. 153. (Ueber letztere Stelle s. indeß unten Note 505.)

479) S. unten das Schema. Es werden also die Erzeuger, und nicht, wie Fischer, Erbfolgsgesch. der Seitenverw. S. 70, meint, die Zeugungen gezählt, was in der Seitenlinie einen Unterschied macht. S. unten Note 483.

480) Sächs. Landr. I. 3. und oben Note 343 flg.

481) Hier wird übrigens bald von genu, bald von generatio und bald von gradus geredet: C. 35. q. 5. Capit. Haytonis. Ep. Bas. c. 21 (Eccard ad leg. Salic. p. 89).

482) Dieß ist zwar kein Unterschied in der Berechnungsart (Maier a. a. O. S. 128 flg., der annimmt, daß die Sippzahl ursprünglich aus dem canonischen Rechte in das teutsche übergegangen [S. 123, 133], während Andere, z. B. Hommel, oblect. iur. feud. obs. XII., das Gegentheil annehmen), aber in der Zählweise. — Ueber die Entstehung der canonischen Computation aus der teutschen auch Glück, Comment. XXIII. S. 179 flg.

483) Daher ist die römische Gradeszahl der Seitenlinie immer um 1 höher als die Sippzahl, die Entfernung aber (abgesehen von der 1. Parentel im sächs. Landr.) dieselbe. Einige Rechte haben auch gradus (Lex Baiuv. T. 14. c. 9. §. 4. L. Wisig. IV. 1.).

und der römische Grad sich gleich. — Unter denen, welche nicht zum Stamme gehören, den Magen oder der Magschaft, führt das Glied den Namen der Sippe[484]) und die Gliederzahl den Namen: Sippzahl[485]). Sie bilden für sich eine dritte Gattung der Intestaterben; die Eltern und das vollbürtige Geschwister eine zweite; und die Nachkommen des Erblassers, der Busen, die erste; so daß die erste die zweite und diese die dritte Gattung ausschließt[486]). Das halbbürtige Geschwister tritt aber in die erste Sippe[487]). Der Grund, den man dafür angegeben, daß das in derselben Ehe zusammengebrachte Gut bei den Nachkommen aus dieser Ehe verbleiben sollen und diese in Ansehung desselben in einem engeren Gesammtverhältnisse gestanden[488]), fällt mit dem Verhältnisse des Busens und des Stammes zusammen (S. oben III.). Allein bei der Zählung nach Sippen hat auch außerhalb des Busens und Stammes der Unterschied zwischen voller und halber Geburt dadurch Einfluß erlangt, daß vollbürtiger Geschwister Kinder, als die nächsten nach dem Stamme, ebenfalls in der ersten Sippe stehen, also, obgleich im 3. Grade, dem im 2. Grade stehenden Halbgeschwister gleich[489]). In dem Busen schließt der dem Erblasser nähere Grad — oder Glied — den entfernteren aus[490]); nur treten Enkel von verstorbenen Söhnen[491]), nach späterer Gewohnheit auch Enkel von verstorbenen Töchtern, neben anderen Kindern an die Stelle ihrer Eltern[492]) (Einstands- oder Repräsentationsrecht[492a])); und

---

484) Daß die Sippe den Stamm bedeutet (Wachter, glossar. v. Sippe) oder den Stammvater (Danz, Handb. VIII. S. 302. Maier a. a. O. S. 15, 45), würde zwar der Redensart: je näher der Sippe, desto näher dem Erbe, die der Ausdrucksweise im sächs. Landr. I. 3. §. 17 entspricht, angemessen sein. Allein das Wort bezeichnet doch sonst die Verwandtschaft überhaupt (Grimm, R.-A. S. 467 flg.).

485) Heißt Sippe auch eben so, wie parentela, genealogia (Mittermaier a. a. O. §. 45, Note 3), Verwandtschaft überhaupt, so gibt es eine Sippzahl doch nur unter den Magen. S. auch die Stelle aus dem Gedichte der Parcif(v)al 22481, bei Grimm a. a. O. Note †† und dessen Bemerkung darüber. Mit Sippzahl und Sippe erscheint gleichbedeutend: generatio in L. Angl. et Ver. tit. 6. §. 8. und L. Sal. tit. 62. und mit Sippzahl auch geniculum in L. Rip. tit. 56. §. 3., da nur in der Sippe die Glieder mit Zahlen bezeichnet werden. — Auch heißen die Verwandten: Bulen, Sibmagen, Gedelinge. Mittermaier a. a. O. Nota 5.

486) Sächs. Landr. I. 3.

487) Sächs. Landr. I. 3. II. 20.

488) Fischer a. a. O. I. S. 252 und Erbfolgsgesch. der Seitenverw. S. 49 flg.

489) Sächs. Landr. II. 20. §. 1.

490) Sächs. Landr. I. 3. §. 17. Vgl. L. Angl. et Ver. tit. 6. Nach L. Sal. tit. 62. c. 6. scheint dieß nicht der Fall. Vgl. unten Note 518.

491) Lex Saxon. VII. [illegible] Sächs. Landr. I. 5. Schwäb. Landr. C. 4, Senck. C. 259. — L. Longob. Grimoaldi 5. Jedoch mußte noch 941 unter Otto I. durch Gottesurtheil darüber entschieden werden (vgl. Grimm a. a. O. S. 471).

492) Goßl. Stat. bei Göschen S. 2, Z. 19. Vgl. Gaupp, schles. Landr. S. 84.

492a) Dieses Recht wurde schon von Childebert II. für die Kinder von Söhnen

in demselben Grade schließen, abgesehen von der Gerade, die Männer die Weiber aus[493]). In der zweiten Gattung, dem Stamme, fällt die Bestimmung des Vorzuges unter die Regeln der römischen Gradescomputation, so daß der erste Grad, die Eltern, den zweiten, das vollbürtige Geschwister, und auch hier der Mann das Weib ausschließt[494]), welcher Vorzug der Männer zwar in Ansehung des Geschwister nicht wörtlich ausgesprochen, aber doch deßhalb anzunehmen ist[495]), weil nur von der dritten Gattung gesagt wird, daß es auf diesen Unterschied nicht ankommt. Unter den Magen, abgesehen von Vollgeschwisterkindern, die neben Halbgeschwister erben, kommt es weder auf volle und halbe Geburt, noch auf das Geschlecht der Einzelnen an, noch tritt ein Entfernterer neben einem Näheren an die Stelle eines Hinweggefallenen, sondern es schließt das nähere Glied schlechthin das entferntere aus[496]); und diese Regel wird für alle Erbfolgeberechtigten dieser Gattung aufgestellt, ohne daß irgend unterschieden wird, ob sie von einem näheren oder nur von einem entfernteren Ascendenten des Erblassers abstammen. — Zählt man die außerhalb des Stammes[497]) beginnenden Parentelen[498]), und fügt deren Zahl, vom Stamme an gerechnet,

---

und Töchtern eingeführt (Cap. a. 595. bei Baluz. I. col. 11. 12. Pertz III. p. 9.); es gelangte aber nicht zu dauernder Geltung. S. Fischer a. a. O. I. S. 141 flg. Gegen die Meinung von Senckenberg, de success. filiar. in regnis et princ. c. V. §. 59., daß es schon von jeher in Teutschland gegolten (vgl. auch Schilter, praxis iuris Rom. II. exerc. 41. §. 57 sq.), denselben S. 147 flg. — In einem gewissen Sinne ist indeß jene Meinung nicht ohne Grund. Denn wenn Jemand nur Descendenten entfernterer Grade, von den Enkeln an, hinterließ, so schlossen diese gewiß überall von jeher Ascendenten und Seitenverwandten aus, was doch, wo das Verhältniß des Busens wirksam bestand, nur durch ein Eintreten in diesen an die Stelle der hinweggefallenen Kinder vermittelt werden konnte. Allein es war dieß nur ein Eintreten in Masse, wobei Vertheilung in capita eintreten mußte (vgl. L. Sal. tit. 62. c. 6.) und es traten wohl nur gleichzeitig die gleich nahen ein. S. indeß L. Sal. l. c. unten Note 518.

493) Auch die männlichen Nachkommen von Männern schließen die näheren Weiber aus, der Enkel vom Sohne die Tochter, nach L. Saxon. tit. 7. c. 8., nicht aber nach L. Burg. tit. 5. §. 1. tit. 75., die sonst (tit. 14. §. 1.) die Tochter sowohl in Ansehung des väterlichen als des mütterlichen Guts zurücksetzt. Da indeß die Entfernteren hier nur vermöge einer Repräsentation succediren können, wenn man das Verhältniß des Busens festhält, so erscheint von diesem Gesichtspunkte aus die letztere Bestimmung inconsequent. — Neben Söhnen hätte eine solche Repräsentation der Enkel nur stattfinden können, wenn ihr Vater noch nicht abgefunden gewesen, nach sächs. Landr. I. 5. §. 1. Vgl. oben Note 366.

494) Sächs. Landr. I. 3. §. 17. — Eben so, ohne Vorzug der Männer, L. Sal. T. 62. L. Rip. T. 56. Vgl. auch L. Alam. tit. 92.

495) S. auch Gaupp, Recht der Sachsen S. 163.

496) Sächs. Landr. I. 3. §. 17. Vgl. L. Sal. tit. 62. L. Angl. et Verin. tit. 6.

497) Im Busen und Stamme ist vollkommene Einheit des Blutes, nach Maier a. a. O. S. 21.

498) Quantitative Differenz: Maier a. a. O. S. 33.

zu der Zahl der Zeugungen in einer Linie einer Parentel[499]), so ergibt dieß die Zahl der Glieder sowohl für die Reihe vom Abkömmling zum Erzeuger, oder die aufsteigende Linie, als für die Reihe vom Haupte der Parentel zu dessen Abkömmlingen oder in die Seitenlinie; wiewohl beide Zahlenreihen nur für diese letztere in Anschlag kommen. — Allein im Verhältnisse zur römischen Gradescomputation findet die Verschiedenheit statt, daß der nächstfolgende Grad aus der vom Vater abstammenden Parentel dem nächstvorhergehenden aus den von höheren Ascendenten abstammenden Parentelen gleichsteht; indem nämlich die beiden ersten Grade jener Parentel zum Stamme gehören, und so der zweite Grad derselben in die Stelle ihres Hauptes tritt. Diese Verschiedenheit findet sich jedoch in den späteren sächsischen Quellen nicht mehr, indem sie, wie auch andere Rechte[500]), die Oheime und Tanten mit den Geschwisterkindern zugleich erben lassen[501]); wo denn das vollbürtige Geschwister aus dem Stamme heraus in die Reihe der Magen tritt[502]). Dieß ist namentlich im schwäbischen Landr. der Fall, welches zwar anführt, daß ungelerte Liute anderer Meinung seien, aber, obgleich es sonst das sächs. Landr. abschreibt, den Vorzug von Busen und Stamm nur insofern festhält, daß es Vollgeschwister dem Halbgeschwister vorzieht[503]). Die Sippen werden an den Gliedern des Armes und der Hand eines menschlichen Körpers[504]) dargestellt; so daß die erste Sippe am Schultergliede, die siebente aber, die letzte, welche gezählt wird, aber von jeder Succession ausgeschlossen ist[505]), an dem Nagel eines Fingers steht und die Nagelfreunde in sich befaßt. Folgendes Verwandtschaftsschema, das jedoch zur Vereinfachung das Halbgeschwister nicht berücksichtigt, Parentelen nur durch Ascendenten des Erblassers begründen, von jeder Parentel nur Eine Linie entstehen läßt, und auf dem die schrägen und Querlinien diejenigen verbinden, welche zu derselben Parentel gehören, erläutert das Gesagte.

---

499) Qualitative Differenz: Maier a. a. O. S. 83 flg.

500) Nach Gewohnheit in Frankreich: Loisel, Instit. Cout. L. 2. T. 5. a. 21., nach Jütschem Lov B. 1, Cap. 5, §. 2. Das schwäb. Landr. C. 8, Senckenb. C. 256, Schilter C. 4, stellt Geschwister geradezu in die erste Sippzahl.

501) Gosl. Stat. bei Göschen S. 2 u. 8, Z. 32 flg. Ueber den verm. Sachsensp. s. Göschen S. 139, Note 3. Den Vorzug des Stammes im sächs. Landr. behalten indeß die gosl. Stat. bei, indem Geschwister den Großeltern vorgeht (Göschen a. a. O. S. 2, Z. 26, 27, S. 139). — Auch die kursächs. Const. (Cod. Aug. P. III. c. 18.) haben Oheime und Tanten den Geschwisterkindern gleichgestellt.

502) Vgl. Gaupp, Ges. der Thüringer S. 352, und Recht der Sachsen S. 159.

503) Schwäb. Landr. C. 3.

504) Vgl. Grimm, R.-A. S. 469, 470.

505) Die Erbfolge geht bald bis zum 6. Gliede (sächs. Landr. I. 3. Lex Sal. tit. 47. §. 3.), bald, was (abgesehen von der 1. Parentel im sächs. Landr.) auf dasselbe hinauskommt, bis zum 7. Grade (L. Baiuv. T. 14. c. 9. §. 4. L. Wisig. IV. und, wo geniculum mit gradus gleichbedeutend sein möchte, nach L. Longob. Roth. 153.), bald indeß nur bis zum 5. Gliede (L. Rip. tit. 56. §. 3. L. Angl. et Verin. tit. 6.). Vgl. oben Note 340—342.

Sippe und deren Glieder mit den Gradeszahlen der römischen Computation.

*) Longe facilius est respondere, quoto quisque gradu sit, quam propria cognationis appellatione quemquam denotare: §. 7. J. de gradib. cogn. (3. 6.) Vgl. Paull. R. S. IV. T. 2.

**) Nach den Note 500, 501 angeführten Rechten treten die Genossen dieser Parentel resp. um ein Glied zurück, so daß die, welche in demselben Gliede stehen, welcher Parentel sie auch angehören, auch in demselben Grade sind.

Ein Erbrecht derjenigen Ascendenten, welche entfernter als Eltern oder Großeltern stehen, findet man, abgesehen vom westgothischen Gesetze, in den älteren Quellen zwar nicht ausdrücklich genannt; auch hat man, und vorzüglich wohl der Parömie: es stirbt kein Gut zurück, zu gefallen, behauptet, daß die Seitenlinie, unter welcher dann blos die Geschwister und deren Nachkommen zu verstehen, wenigstens beim Erbe, alle Ascendenten ausschließe[506]). Und wenn dieß auch in Ansehung der Eltern jedenfalls nach den teutschen Quellen nicht zu rechtfertigen steht[507]),

506) Fischer, Erbfolgsgesch. der Seitenverw. S. 14 flg., 63 flg.
507) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 490, Nr. II. Indeß finden sich

so wird die Frage doch in Ansehung der höheren Ascendenten und ihrer Nachkommen, der zweiten und folgenden Parentelen, von Bedeutung. Ueberdieß nennen die lateinischen Uebersetzungen des sächs. Landr. (eben so wie das schwäbische Landr.)[508]), welche die Verwandten, die in den Gliedern der Sippe stehen, bezeichnen, überhaupt nur solche, welche von Geschwistern abstammen oder der ersten Parentel angehören. Indeß erscheint dieß als reiner Zusatz des Uebersetzers und kann nur als ein vom Gewöhnlichen des einzelnen Falles hergenommenes, der Einfachheit wegen gewähltes, Beispiel betrachtet werden, so wie auch ein Vorzug der ersten Parentel sich nur insofern behaupten läßt, als sie bei gleicher Nähe zuweilen den übrigen vorgeht[509]). Jedenfalls wäre es unrichtig, unter der successionsfähigen Sippschaft nur die Parentel der Geschwister[510]) zu befassen, da sich, auch abgesehen von dem Glieder entfernterer Parentelen benennenden westgothischen Gesetze, für die Successionsfähigkeit der Oheime die ausdrücklichsten Zeugnisse finden[511]). Im wesentlichen wird man also das angegebene System als das vor der vorherrschenden Einwirkung des römischen Rechtes regelmäßige betrachten müssen. Eigenthümliche, aus den Verhältnissen des eigentlichen Erbe, dem alten Vorzuge des Busens und Stammes, der Bestimmung gewisser Güter und den ehelichen Verhältnissen entspringende teutsche Modificationen sind aber noch die: daß Weiber, und Spillmagen, wo sie überhaupt in eigentliches Erbe succediren, zuweilen sämmtlichen successionsfähigen Männern oder Schwertmagen nachstehen[512]); daß die halbe Geburt bei allem Gute, vermöge einer Ausdehnung des Verhältnisses der Geschwister, in allen Gliedern um ein Glied zurücktritt oder, vermöge einer Modification dieses Verhältnisses, neben voller Geburt nur mit halber Hand greift[512a]), und

---

Beispiele, daß die Ascendenten immer ihren eigenen Descendenten beim Erbe nachstehen: Cod. leg. Normann. P. 1. c. 26. §. 14—17. 22. 26. Cout. de Normandie ch. 23. Cout. de Bayonne tit. 12. §. 24. 25. 26. 28. 29. 31. Cout. de Nivernois ch. 34. §. 8. — Ueber den Grund des zuweilen eintretenden Ausschlusses vom eigentlichen Erbe: oben Note 212 flg. Allein für Teutschland wird der Vorzug der Eltern vor Geschwistern, den ihnen sächs. und andere Rechte einräumen (vgl. oben Note 490), auch in anderen Quellen anerkannt: Const. Richard's v. 1258 (Goldast, T. III. Const. Imp. p. 406). Kaiserrecht II. c. 96.

508) Sächs. Landr. I. 3. So faßt auch Kraut, Grundr. Ausg. 2, S. 294, das Verhältniß nach der L. Angl. et Ver. VI. auf.

509) Vgl. oben das Schema.

510) Diese ist natürlich bei reiner Parentelenordnung die der Eltern, und nach Longob. Lehnrechte geht sie allen anderen vor, so daß Nachkommen von höheren Ascendenten, unter denen dann wieder der nähere vorgeht, sämmtlichen Nachkommen von Geschwistern nachstehen (vgl. I. Feud. 14. §. 1. II. F. 37. 45. pr. 50. 95.), während Fischer, a. a. D. S. 127 flg., die Lehnsfolge des Longob. R. mit der Erbfolgeordnung in das Erbe (so wie er sie auffaßt: s. oben Note 474) im Einklange findet.

511) Schon bei Tacit. Germ. 21. Cod. leg. Norm. P. 1. c. 24. §. 16. Cons. gener. Duc. Burg. art. 27. Cout. de Nivernois ch. 34. §. 8. Ferner auch für die der Tanten: Lex Sal. tit. 62. L. Rip. tit. 56., wo soror überhaupt Geschwister bezeichnet.

512) Vgl. oben Note 199 flg.

512a) Vgl. oben Note 317.

daß die beim Leben des Erblassers von dessen Gute abgetheilten Kinder desselben im Verhältnisse zu nicht abgetheilten ausgeschlossen werden[513]; ferner daß der älteste Sohn oder der älteste männliche Schwertmage die übrigen ausschließt, wie bei der Erbfolge ins Heergewette[514]); daß gewisse Güter nur an Personen dieses oder jenes Geschlechtes fallen[515]); daß (nicht unvermögende) Ehegatten mit den Kindern oder mit den übrigen Intestaterben des verstorbenen concurriren[516]). — Eindringen des römischen Rechtes hat aber noch zu mannigfaltigen Verschiedenheiten in der Erbfolgeordnung geführt, und als die dadurch bald ganz, bald theilweise herbeigeführten Modificationen sind zu betrachten: Gleichstellung der Weiber mit den Männern[517]); unbegrenztes Repräsentationsrecht unter den Nachkommen[518]); Aufstellung der Ascendenten als einer besonderen mit dem Geschwister concurrirenden[519]) und die übrigen Seitenverwandten ausschließenden Gattung; Repräsentationsrecht der Geschwisterkinder[520]), selbst wenn sie allein mit Ascendenten concurriren; und endlich, was allein der teutschen Ordnung ihren Charakter raubt, durchgreifende Berechnung der Entfernung nach römischen Graden statt nach teutschen Gliedern unter Verschwinden der Unterscheidung von Busen und Stamm. — Diese Modificationen müssen dann die Folge haben, daß die gemeinrechtliche römische Erbfolgeordnung vom dogmatischen Standpunkte aus regelmäßig auch als die Basis der particulairen Erbfolgeordnungen er-

513) Vgl. oben Note 343 flg.

514) In Ansehung des Sohnes wird dieß bereits einer Vorschrift Heinrich I. zugeschrieben: Gobel, Persona in Cosmodr. act. VI. c. 47 (Meibom, script. rer. Germ. T. [illegible] p. 247). Heinecc. l. c. II. tit. 9. §. 24. in not. Fischer a. a. O. S. 72. Vgl. oben bei Note 298.

515) Vgl. oben bei Note 298 flg.

516) Vgl. oben Note 401 flg.

517) Mittermaier a. a. O. §. 438, IV.

518) Reichsabsch. v. 1498 §. 37. Kammergerichtsordn. v. 1500 §. 19. Reichsabsch. v. 1521 §. 18. Und zwar auch hier Weiber den Männern gleich: Kaiserr. II. 14. Bayer. Landr. v. 1344 c. 95. Liefländ. Stat. bei Senckenb. inedit. p. 415. — Nach L. Sal. tit. 62. c. 6. scheint es, daß schon Urenkel mit Enkeln, aber in capita, succedirten.

519) Bisweilen schlossen sie in Mobilien, selbst Großeltern und entferntere, das Geschwister aus: grand Cout. de France feuill. 55. Bisweilen concurriren auch andere Seitenverwandte, als Geschwister, mit ihnen: Alt. Culm. R. IV. c. 77. Magdeb. Fragen P. 1. c. 7. d. 14. Wurster Landr. tit. 1. art. 7. §. 3.

520) Z. B. in Niederhessen seit 1376, in Würtemberg seit 1477. S. Fischer a. a. O. I. S. 143. — In Augsburg, Nördlingen und Hall in Schwaben nach kais. Privilegien von 1484, 1496, 1498: Müller, Reichstags-Theater IV. S. 451 flg. Allgemein: Reichsabsch. v. 1521 §. 19, 20, v. 1529 §. 31. Ueber die vorhergegangenen Verhandlungen: Harpprecht, Staatsarchiv des Kammergerichtes Th. II, §. 154, 176. Einzelne Städte, Mühlhausen und Lübeck, sträubten sich noch in den J. 1550, 1551, 1560 dagegen: Senckenberg, lebhafter Gebrauch vom teutschen R. Anh. Nr. 10. Brockes, obs. 519. In Lübeck war es jedoch seit Anfange des 17. Jahrh. beständig in Uebung nach Attest des Senates v. 24. März 1758 (Kleffecker a. a. O. S. 538). In Sachsen fand es keinen Eingang: Danz a. a. O. VII. S. 335. Mittermaier a. a. O. §. 437, Note 6.

scheint[521]), und dazu die Eigenthümlichkeiten der alten teutschen Erbfolge als Abweichungen sich darstellen; wie dieß z. B. bei dem sogen. Schooßfalle sich zeigt, vermöge dessen Eltern, namentlich die Mutter nach der Parömie: das Kind, oder das Erbe, fällt der Mutter in den Schooß, von dem Nachlasse ihrer ohne Nachkommen verstorbenen Kinder deren Geschwister ausschließen[522]), was nach teutschem Rechte schon aus dem Vorzuge der Gradesnähe im Busen und Stamme folgen würde. Alle jene als eigenthümliche teutsche Modificationen im Verhältnisse zu dem Systeme der Sippe bezeichneten Eigenthümlichkeiten[523]) haben sich indeß bald mehr, bald minder, jene hier diese dort, particularrechtlich noch bis jetzt erhalten[524]); — und zwar auch bei der Succession in ein Vermögen, wo die Natur des Erbfolgerechtes dieselbe ist, wie im römischen Rechte und nach diesem beurtheilt wird. — In den vier Classen der römischen Successionsordnung nach der Nov. 118, von denen die erste die Descendenten, die zweite die Ascendenten und das vollbürtige Geschwister, die dritte das halbbürtige Geschwister, und die vierte alle übrigen Seitenverwandten enthält; vom Repräsentationsrechte abgesehen, die frühere die folgende gänzlich ausschließt; und, abgesehen vom Concurrenzverhältnisse der Ascendenten zum vollbürtigen Geschwister, in jeder Classe der nähere Grad den entfernteren ausschließt; beschränken sich, wenn man wiederum vom Vorzuge der vollen Geburt vor der halben absieht, die wesentlichsten teutschen Modificationen der Successionsordnung der Verwandten in ein Vermögen auf die zweite Classe. — Insofern die der Theilung der Güter vorbeugenden und dem Eindringen des römischen Rechtes entgegenstrebenden Familiendispositionen des teutschen Adels als Ausfluß einer sogen. gesetzgebenden Gewalt, oder als die Grundlage eines Gewohnheitsrechtes angesehen werden, oder als sie sich darauf beschränken, die gesetzliche Erbfolge aufrecht zu erhalten, oder blos unter denen, welche unmittelbar nach dem Stifter selbst zur Succession gerufen sind, einen oder einzelne in das Verhältniß eines Anerben zu bringen, gehören die daraus entspringenden besonderen Erbfolgeordnungen ebenfalls hierher. Sie können zwar im einzelnen höchst verschieden sein[525]); als deren Hauptarten sind aber folgende hier zu nennen. 1) Die Primogeniturordnung, welche für die weltlichen Churfürstenthümer bereits in der goldenen Bulle festgesetzt wurde, und nach welcher a) der erstgeborene Nachkomme des Stifters der Ordnung, oder des jedesmaligen Erblassers, nämlich derjenigen Person, deren Hinwegfall dem Eintritte eines Anderen Raum gibt, wenn aber jener nicht mehr vorhanden ist, der erstgeborene in der Linie des erstgeborenen, überhaupt der erstgeborene der dermaligen

521) So z. B. im preuß. Landr., während das östrr. Gesetzbuch der Parentelenordnung folgt, so wie auch der Code civil wesentlich vom röm. Rechte abweicht.

522) Mittermaier a. a. O. §. 439, Nr. IV, und das. Cit.

523) Vgl. oben Note 512—516.

524) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 438—441, mit Eichhorn a. O. §. 335.

525) Runde a. a. O. §. 665—667.

erstgeborenen Linie seiner Nachkommen; und b) wenn es an einem solchen fehlt, derjenige, welcher zu dem nächsten Ascendenten des Hinwegfallenden, von dem noch Nachkommen vorhanden sind, in solchem Verhältnisse steht, zur Succession gelangt. 2) Die Majoratfolge, nach der derjenige, welcher dem Erblasser dem Grade oder der allgemeinen gesetzlichen Erbfolge nach, der nächste ist, aber wenn deren mehrere sind, der älteste unter ihnen, succedirt. 3) Die Senioratfolge, welche das jedesmalige älteste Familienglied, ohne Rücksicht auf dessen verwandtschaftliche Nähe zum Erblasser, zur Succession ruft. 4) Die Minoratfolge, welche dem jüngsten den Vorzug gibt, entweder wo nach der Majoratfolge oder wo nach der Senioratfolge der älteste den Vorzug haben würde. — Der Stifter einer solchen Ordnung kann auch für verschiedene Güter mehrere Ordnungen festsetzen, z. B. so daß in einen Theil sein erstgeborener Nachkomme und seine Descendenz, in einen anderen der nachgeborene und dessen Descendenz nach Erstgeburtsrecht succedirt, in welchem Falle man die zweite Ordnung eine Secundogenitur nennt. Fallen hier sämmtliche zu der einen Ordnung gehörigen Nachfolger hinweg, so succediren in die ihr unterworfen gewesenen Güter zunächst diejenigen, welche keiner anderen Ordnung angehören, also z. B. der drittgeborene Sohn des Stifters oder dessen Descendenz[526]). — Indeß wird sich dieß doch nur dann rechtfertigen lassen, wenn die die Erbfolgeordnung begründende Disposition durch dieselbe nur ein Anerbenverhältniß der durch diese vorgezogenen Successoren herstellt, entweder weil sie keine größere Wirkung zu erlangen vermocht, oder weil ihr Stifter sich darauf beschränkt hat, und für diesen Fall ist über das Verhältniß dieser Erbfolgeordnung zur daneben bestehenden gesetzlichen noch Folgendes zu bemerken. Jeder, welcher beim Tode des Stifters gesetzlich ein *ius succedendi hatte*, hat dieses in ein, von dem angeborenen teutschen *ius successionis* zur Beerbung[527]) verschiedenes, romanistisches ius successionis[528]) aus der Beerbung verwandelt, welches er auf seine Nachkommen nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung transmittirt, oder vielmehr (gleich einem suus heres, der nicht in den Besitz der Erbschaft gelangt ist) vererbt[529]), während die Herrschaft über das Gut nach der dafür geltenden Ordnung weiter devolvirt. Erst wenn die Devolution der Herrschaft nach dieser Ordnung zu Ende geht, kann vermöge jenes romanistischen ius successionis ein Eintritt in die Herrschaft stattfinden[530]). Es kann aber jenes romanistische ius successionis nur in Ansehung desjenigen Gutes oder Antheiles erworben werden, welches ohne jene gestiftete Ordnung auf den

526) Ueber diese Erbfolgeordnungen: Griesinger, in der Forts. von Danz, Handb. des teutsch. Privatr. VIII. S. 1—110. Mittermaier a. a. O. §. 450.

527) Vgl. oben Note 162, 461.

528) Vgl. oben nach Note 167, 265a, und nach Note 462.

529) Auf dieses ius successionis gründet sich die Apanage: vgl. oben Note 256 flg.

530) Das eigene germanische ius successionis Entfernterer bleibt dabei in derselben Lage.

nach gesetzlicher Ordnung Berufenen verfallen müssen[531]). Die Ansicht, daß hier jeder, auch der Zurückgesetzte[532]) oder dessen Nachkommenschaft, dem ersten Stifter succedire[533]), ist demnach insofern richtig, daß derjenige, welcher, oder dessen Vorfahren, von der unmittelbaren Succession nach dem ersten Stifter ausgeschlossen worden, beim nachherigen Anfalle ein ius succedendi ausübt, welches schon im Verhältnisse zu diesem bestanden; und so lange noch Wirkungen der gestifteten Ordnung dauern, beim Wiedereintritte der gesetzlichen Erbfolgeordnung diese nach dem Verhältnisse zum Stifter beurtheilt werden muß[534]), wie es bei dessen Hinwegfalle bestand[535]). Dadurch unterscheidet sich die hier nur eintretende bloße Zurücksetzung von der durch eine gesetzliche Ordnung herbeigeführten wirklichen Entziehung der Erbfolge[536]). Tritt ein Verzicht des Zurückgesetzten hinzu, so muß dieser dann freilich das Verhältniß verändern, wenn er eine Entäußerung jenes romanistischen ius successionis begründet, also ein einer Abfindung gleich wirkender definitiver ist[537]). Allein es kann ein solcher Verzicht auch blos eine Anerkennung oder Genehmigung der Disposition des Stifters involviren, z. B. wenn die Erbfolge auf den ledigen Anfall vorbehalten ist; und in diesem Falle bleibt das Verhältniß so, wie es auch ohne den Verzicht gewesen wäre. Es versteht sich aber dabei wiederum, daß der Verzichtende ein solches ius successionis nicht erwerben kann, wenn er nach der gesetzlichen Ordnung überall nicht gerufen war, wie dieß bei den Erbverzichten der Töchter der Fall sein kann[538]); in welchem Falle sie, wenn sie den Verzicht verweigern, dennoch behandelt werden können, als ob sie verzichtet hätten[539]). Selbst ein Vorbehalt auf den ledigen Anfall, der seit dem

---

531) Z. B. der Stifter hat zwei Söhne A und B; letzterer ist als der jüngere zurückgesetzt, und A hat statt ½ das Ganze bekommen. Hier kann B und dessen Nachkommenschaft nun jenes romanistische ius successionis nur auf ½ erworben haben, und nur nach diesem Verhältnisse Apanage fordern.

532) Vgl. oben Note 71, 468.

533) Vgl. Boehmer, princ. iur. feud. §. 121. 145.

534) Vgl. oben Note 527 flg.

535) Die Nachkommen der beiden Söhne A und B (oben Note 531) sind also, sobald nach der gestifteten Ordnung nicht mehr succedirt wird, gleich nah, und theilen nach Linien, wie A und B gesetzlich in capita getheilt haben würden, und es succediren keineswegs allein die, welche der gesetzlichen Erbfolgeordnung zufolge dem letzten Besitzer die nächsten sind. Erst wenn einmal wieder nach der gesetzlichen Ordnung succedirt ist, und damit die Wirkungen der gestifteten Ordnung ausgeglichen sind, kann von einer ausschließlichen Succession nach dem letzten Besitzer die Rede sein. Anders beim Fideicommiß. S. unten Note 545.

536) Vgl. oben Note 465, 466.

537) Ein solcher scheint bei den adeligen Töchtern bis zum 14. Jahrh. üblich gewesen zu sein: Fischer a. a. O. Erbfolgsgesch. der Seitenverw. S. 37 flg.

538) Inwiefern ein solcher Fall nach älterem teutschen Rechte eintrat, wissen wir zwar (vgl. oben Note 202), nicht aber inwieweit das römische Recht beim Stammgute ausgeschlossen hat (vgl. oben Note 206, 207). Ueber die Verzichte der adeligen Töchter s. auch in diesem Werke den Art. Erbvertrag Bd. IV, S. 46 flg., und Reyscher, Zeitschr. für teutsch. R. VI. Nr. 6.

539) Vgl. oben Note 207.

14. Jahrhunderte bei solchen Verzichten üblich geworden, kann hier nichts ändern. Man hat den Vorbehalt der Succession nach dem Stifter auf den Fall des Erlöschens der Succession nach der von ihm gestifteten Ordnung als den des Rückfalles, den man auch als ein vorbehaltenes Fallrecht bezeichnet hat[540]), von dem Vorbehalte der Succession nach einem späteren Nachfolger in das Gut, auf den Fall, daß der Vorbehaltende durch die gesetzliche Ordnung nach diesem wiederum zur Succession gerufen sein würde, als den des ledigen Anfalles (im engeren Sinne) unterschieden[541]). Allein dieser letztere versteht sich für den hier in Rede stehenden Fall ganz von selbst und kann nur dann von Bedeutung sein, wenn der Stifter eine die dermalige Intestaterbfolge gänzlich aufhebende fideicommissarische Disposition errichtet hat[542]). Wenn man also dafür, daß in einem Erbverzichte der Töchter immer der Vorbehalt auf den ledigen Anfall enthalten sei, den Grund: daß dieser Verzicht nur den im teutschen Rechte ohnehin begründeten Ausschluß der Tochter durch den Sohn bestärken soll, angibt[543]), so kann dieß nur als richtig anerkannt werden, insofern letzterer Vorbehalt, nicht aber der Vorbehalt des Rückfalles gemeint ist. Auch kann ein solcher Vorbehalt bei einer fideicommissarischen Disposition überall keinen Rückfall ab intestato begründen, weil eine solche Disposition eben, sofern sie nicht alle Intestaterben des Stifters nach ihm zur Succession gelangen läßt und über die Ernennung eines Anerben nach ihm hinausgeht, die Intestaterbfolge nach ihm gänzlich aufhebt, und weil, wenn durch die Verzichte auch die Verzichtenden als Intestaterben gänzlich hinweggefallen sind, sie auch in solcher Eigenschaft überall keine Rechte mehr haben, und ein solcher Vorbehalt von ihrer Seite immer nur durch eine fideicommissarische Auflage zur Restitution an einen Fideicommissar Wirksamkeit erlangen kann[544]). Fällt ein Fideicommissar, dem keine Restitutionspflicht mehr oblag, ab intestato hinweg, so succediren auch nur seine nächsten Intestaterben[545]), während in dem hierher gehörigen Falle einer nur ein Anerbenverhältniß begründenden Disposition, dann, wenn es den Anerben an allen nachkommenschaftlichen Intestaterben fehlt, die früher Zurückgesetzten oder deren Nachkommen zur Ausübung ihres vom Stifter erworbenen Rechtes gelangen müssen[546]). Es tritt hier der Rückfall ein, und sie sind Regredienterben, aber immer nur in Ansehung desjenigen Theiles, der ihnen sofort vollständig zuge-

540) Fischer a. a. O. S. 87 flg. und Gesch. der teutsch. Erbf. I. S. 213.
541) Danz, Handb. VII. S. 445.
542) Dieser Fall bleibt hier ausgeschlossen. Dabei versteht es sich, daß nicht blos ein nominelles Fideicommiß, sondern eine Verfügung gemeint ist, vermöge welcher ein Successor zur Restitution an Personen verpflichtet wird, welche nicht ohnehin schon seine nächsten Intestaterben in Ansehung alles ihnen zu restituirenden Gutes sind.
543) Reinhard a. a. O. S. 127 flg.
544) S. übrigens in diesem Werke den Art. Familienfideicommiß Bd. IV.
545) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 449, Nr. V.
546) Vgl. unten Note 549, oben Note 527 flg.

fallen wäre, wenn sie gleich bei der ersten Beerbung des Stifters vollständig mit in Concurrenz getreten wären; und zwar selbst dann, wenn der Stifter den Heimfall des Ganzen an sie angeordnet haben sollte. Denn über denjenigen Theil, der nach ihm einmal giltig definitiv vererbt worden war, konnte er für fernere Successionsfälle durch eine Anordnung der hier in Rede stehenden Art nicht ferner wirksam disponirt haben; wiewohl man es für zulässig halten muß, daß er auf den Fall des Rückfalles in Ansehung derjenigen, welche durch denselben Rechte geltend machen wollen, eine gleiche Disposition trifft, wo man denn, wenn diese die Erstgeburtsfolge festsetzt, dieß im Zweifel auf das Verhältniß zum Stifter beziehen[547]), und nicht den Aeltesten als zuerst gerufen betrachten muß[548]). In Ansehung des rückfallenden Theiles sind übrigens diejenigen Intestaterben, welche Ascendenten oder Seitenverwandte des Stifters sind, schon der gesetzlichen Ordnung nach ausgeschlossen[549]). Wo indeß dergleichen Verhältnisse in Frage stehen, da pflegt man, von dem genügend bisher noch nicht festgestellten Begriffe von Autonomie[550]) ausgehend und mit Beihilfe der Wirkungen, welche man den gewöhnlich hinzutretenden Verzichten und Consensen der Erbberechtigten beilegt, auch wohl unter Gleichstellung solcher Dispositionen mit gesetzlichen Bestimmungen, ihnen eine ausgedehntere Wirksamkeit beizulegen. Allein diese Behandlungsweise macht für eine Ermittelung allgemeiner Normen Grund und Boden wankend, und die Entscheidung über solche Fälle muß von der Lage jedes einzelnen Verhältnisses abhängig gemacht werden, wobei denn allerdings die vorhin aufgestellten Grundsätze als die leitenden zu betrachten sind. Vorzugsweise bekannt ist auf diesem Gebiete die Streitfrage: ob, im Falle die Disposition zu Gunsten der Männer oder des Mannsstammes lautet, und der letzte Besitzer nur weibliche Descendenten hinterläßt, diese, die Erbtöchter, den Regredienterben vorgehen oder umgekehrt? die aber der besonderen Voraussetzungen wegen, von denen sie abhängt, dem Lehnrechte überlassen bleiben muß. Bei Bauerngütern ist die Anwendung jener Grundsätze freier, allein bei Ernennung eines Anerben findet hier gewöhnlich definitive Abfindung der Miterben statt[551]), eben so wo das Gesetz der Anerben bestimmt[552]), und jene besonderen Erbfolgeordnungen pflegen hier nur durch das Hofrecht oder die Verleihungsbedingungen eingeführt

---

547) Posse, Erbf. S. 48—50.

548) Wie Posse, Prüfung S. 110 flg., annahm.

549) Denn waren sie von der Succession nach dem Stifter ausgeschlossen, so müssen sie so lange von dem Gute ausgeschlossen bleiben, bis diese Succession ganz erledigt ist, wodurch sie auch nicht schlechter gestellt werden, weil ihnen immer nur Nachkommen des Stifters vorgehen.

550) Vgl. in diesem Werke den die Sache schärfer erfassenden Art. Autonomie Bd. I.

551) Vgl. oben Note 268 flg.

552) Und zwar nicht immer den ältesten, sondern auch bisweilen den jüngsten, und schon deßhalb kann man diesen Vorzug nicht mit Fischer, a. a. O. I. S. 155 flg., der Beispiele desselben anführt, aus einem mundium des ältesten ableiten.

zu sein und stehen dann der gesetzlichen Ordnung an Wirksamkeit gleich. —

V. Intestaterbrecht ist: 1) in der objectiven Bedeutung: der Inbegriff der Rechtsnormen, welche über die Intestaterbfolge gelten; 2) in der subjectiven aber: das durch die Intestaterbfolge erworbene Recht, mit den damit verknüpften Verbindlichkeiten, also das dadurch begründete Rechtsverhältniß eines Intestaterben, das ius successionis im romanistischen Sinne des Wortes[553]). — Der Intestaterbe kann keine anderen Rechte erwerben, als solche, welche der Erblasser hatte und verlassen hat; und zwar sind diejenigen, welche er verlassen konnte, immer nur solche, welche einen Körper als Gegenstand in sich fassen, wiewohl mit den ihnen anhängenden Rechten jeder Art, und Forderungsverhältnisse[554]). — Man könnte daher sagen: neben dem Intestaterbfolgerechte, welches an sich nur ein Rechtstitel sei, lasse sich nicht noch ein besonderes Intestaterbrecht im subjectiven Sinne unterscheiden, indem ja, sobald vermöge jenes Titels der Erwerb gemacht, das Recht des Intestaterben eben kein anderes sei, als das des Erblassers. Dieß ist nun auch insofern richtig, als man blos auf die einzelnen vom Erblasser auf den Erben übergegangenen Rechte sieht[555]), es bestehe ein solches Recht nun in der dem Erblasser bisher zugestandenen Befugniß zur Ausübung des Rechtes, welches schon vorher dem Intestaterben zustand, wie beim eigentlichen teutschen Erbe, oder in einem Rechte, welches von dem bloßen Erbfolgerechte auch seinem Begriffe nach, oder specifisch, verschieden ist. Allein dessenungeachtet finden sich auch noch nach dem Erwerbe dieser Rechte durch denselben begründete Verhältnisse bei dem Intestaterben, welche, *obgleich sie theilweise* auch bei Testaments- und Vertragserben vorkommen, *doch immer dem* Erben eigenthümlich, und bei dem Erblasser *nicht vorhanden gewesen* sind. Diese bestehen theils 1) dem Staate, *bisweilen* auch einer Gemeinde oder einem Grundherrn, 2) bei der teutschen sogen. successio anticipata dem Erblasser, 3) den Miterben, 4) den Vermächtnißnehmern, und 5) den Erbschaftsgläubigern gegenüber; und endlich kann auch noch 6) ein besonderes Verhältniß zu Personen oder zu Behörden entstehen, welche die Regulirung der Verlassenschaft besorgen. — Diese verschiedenen Verhältnisse, verbunden mit den Rechten, welche von dem Erblasser auf den Intestaterben übergehen, bilden das Intestaterbrecht in subjectiver Bedeutung, bei dem der Intestaterbe theilweise berechtigtes

553) Vgl. oben nach Note 107, Note 265a, nach Note 462, Note 528.

554) Vgl. meine Identität u. s. w. §. 20, Note 59, S. 426, 427. — Man muß sich hier indeß davor hüten, römische und teutsche Rechte, die einander ähnlich scheinen, gleich zu stellen, namentlich den teutschen Nutzen mit dem römischen Usufruct. Jener ist dem römischen Eigenthume gleich, faßt einen Körper in sich und geht auf den Erben über; diesem ist der Körper nur als Mittel zum Fruchterwerbe unterworfen und er erlischt mit dem Tode des Berechtigten.

555) Goßl. Stat. a. a. O. S. 6, 3. 20, 21: Alle scult unde klaghe de en to vorderende heft, de vorderet sie erve of he sterft.

theilweise verpflichtetes Subject ist. Der Erwerb dieses Rechtes kann regelmäßig erst beim Tode des Erblassers eintreten, und wenn zur Zeit desselben eine die Intestaterbfolge aufhebende letztwillige Verfügung oder nähere Intestaterben vorhanden, von Seiten der Intestaterben oder den entfernteren erst dann, wenn jene unwirksam geworden ist, und diese ohne den Erwerb gemacht zu haben oder ihr Recht auf ihre Erben transmittiren zu können, sämmtlich hinweggefallen sind, in welchem letzteren Falle man von einer successio graduum et ordinum redet. Bei Verschollenen ist er jedenfalls erst dann möglich, wenn die sogen. Todeserklärung erfolgt ist, oder der Zeitpunkt eingetreten ist, in dem der Verschollene ohne eine solche Erklärung als todt behandelt werden kann[556]). Jene Todeserklärung ist aber richtiger Ansicht nach[557]) nur die Erklärung, daß der Tod als bewiesen anzunehmen und der Verschollene von seinem bisherigen Vermögen präcludirt sei[558]), setzt also an sich den Zeitpunkt, in dem die hereditas deferirt oder das ius succedendi erworben worden, noch gar nicht fest; und es scheint sonach kein anderer Zeitpunkt dafür angenommen werden zu können, als derjenige, wo die Verschollenheit ihren Anfang nahm[559]). — Die weitere Ausnahme im Falle des Eintrittes einer Person in ein Kloster[560]) wird heutzutage in der Anwendung sehr selten vorkommen. Desto häufiger aber findet sich in Teutschland ein Erwerb dieses Rechtes bei Lebzeiten des dereinstigen Erblassers durch die sogen. successio anticipata; während im Falle einer definitiven Abfindung bei Lebzeiten des Erblassers[561]), die freilich auch eine Art der successio anticipata ist, das ganze Erbenverhältniß in Beziehung auf das zur Abfindung gegebene Gut in einem bloßen Uebertragungsacte aufgeht. — Der Erwerb tritt bald ohne Weiteres durch den Hinwegfall des Erblassers ein, bald erfordert er noch einen besonderen Act. Ersteres ist der Fall bei dem römischen suus heres, und da, wo der teutsche Grundsatz: der Todte setzt den Lebenden in die Gewere, sich in Geltung erhalten hat[562]). Damit ist indeß ein

---

556) So zuweilen in transitorischen Gesetzen. Vgl. z. B. Pfeiffer, pract. Ausführungen IV. S. 385.

557) Eine Fiction anzunehmen hat das gegen sich, daß wenn der Verschollene lebend zurückkehrt, man ihn doch überhaupt als Rechtssubject betrachten, ja, wenn nicht particularrechtlich das Gegentheil gilt, wie z. B. in Sachsen (Haase, über Edictalladungen u. s. w. S. 122), ihm sein Vermögen zurückgeben muß (Mittermaier a. a. O. §. 147, Note 126.)

558) Das soll es im Grunde wohl heißen, wenn Savigny, System II. S. 18, 19, die Edictalladung als einen Versuch, die Präsumtion [illegible] Herstellung der Gewißheit überflüssig zu machen, und die Todeserklärung als eine declaratorische charakterisirt.

559) Thibaut, Syst. des Pandektenr. §. 122. Glück, Erl. der Pand. VII. §. 562, XXX. §. 379 c. Heise und Cropp, jurist. Abh. II. Nr. 4, S. 118. Savigny a. a. O. Andere sehen auf die Zeit der Todeserklärung: Preuß. Landr. II. 18. §. 835. Eichhorn a. a. O. §. 327. Vangerow, Leitf. I. S. 57.

560) Vgl. oben Note 10, 11.

561) Vgl. oben Note 12, 238, unten Zif. 2, und oben Note 343 flg.

562) Vgl. oben Note 101.

späteres Ausschlagen keineswegs ausgeschlossen[563]), auch kennen teutsche Rechte die Bestimmung, daß wer das Gut beim Tode des Erblassers in Händen hat, wenigstens wenn er dessen Gatte oder ein Miterbe ist, dasselbe erst am dreißigsten Tage nach dem Todesfalle herauszugeben braucht[564]). Letzteres tritt, wenn nicht etwa jener teutsche Grundsatz sich auch für diesen Fall erhalten hat[565]), bei jedem Intestaterben ein, der nach römischen Grundsätzen und nicht als suus heres succedirt, indem er durch eine ausdrückliche (hereditatis aditio) oder stillschweigende (pro herede gestio) Erklärung seinen Willen, Erbe zu werden, an den Tag legen muß. Ehe dieß geschehen, ist ihm blos die Succession durch den Hinwegfall des Erblassers eröffnet (hereditas delata est); wozu dann, wenn bei jenem Hinwegfalle noch Personen vorhanden sind, welche vorzugsweise das fragliche Erbrecht erwerben könnten, auch noch gehört, daß es gewiß ist, daß dieser Erwerb von ihnen nicht gemacht werden werde. Das teutsche Recht kennt indeß noch eine Frist, innerhalb welcher der Erbe sich in den Besitz des nachgelassenen Gutes setzen oder doch seine Absicht, erben zu wollen, an den Tag legen muß, wenn er dasselbe nicht verlieren will, wenigstens dann, wenn es sich um den Anfall an den Fiscus oder den Richter handelt. Sie beträgt Jahr und Tag[566]); beim eigentlichen Erbe, oder bei Immobilien, bei denen sie im schwäb. Landr. nicht gegolten zu haben scheint[567]), ein und dreißig Jahre und Tag[568]). Im Verhältnisse zu anderen Occupanten konnte der Erbe nur durch die von diesen erworbene Gewere ausgeschlossen werden, welche denn freilich derjenige, der weder nächster Erbe war, noch durch ein Rechtsgeschäft das Gut erworben hatte, nicht erlangen konnte; wiewohl auch hier einen nachfolgenden Erben bei Immobilien jene längere Frist auch gegen einen näheren Erben geschützt zu haben scheint[569]); und bei Mobilien, wo es keine (rechte) Gewere gibt, doch nach schwäb. Landr.[570]) dreijähriger Besitz in gutem Glauben die Verfolgung des Erben ausschließen mußte. Nach römischem Rechte kann, wenn nicht etwa der Ablauf einer auf Andringen anderer Erben gesetzten Deliberationsfrist die Wirkung mit sich führt, daß der Erbe als ausschlagend behandelt wird[571]) (abgesehen von dem Falle, daß der Ablauf

---

563) Vgl. unten Note 621.

564) Sächs. Landr. I. 22. §. 2, III. 15. §. 2. Goßl. Stat. a. a. O. S. 5, Z. 22—24, S. 11, Z. 20—23, und Göschen a. a. O. S. 144 flg.

565) Er wurde selbst auf vertragsmäßige und testamentarische Erbfolge ausgeb[illegible]: Mittermaier a. a. O. §. 466.

566) Sächs. Landr. I. 28. Schwäb. Landr. Cap. 30, Senck. 274.

567) Sächs. Landr. I. 29. Vgl. schwäb. Landr. a. a. O., wo nur allgemein vom Gute die Rede ist.

568) Sächs. Landr. a. a. O. I. 29.

569) Richtst. Landr. I. 23.

570) Schwäb. Landr. C. 56, Senck. 269.

571) L. 69. D. de adquir. vel omitt. hered. (27. 2.) (denegamus actiones). Diese Deliberationsfrist ist zu unterscheiden von derjenigen, welche der Erbe sich selbst erbittet, und die, wenn innerhalb derselben nicht ausgeschlagen wird, die Haftung für alle Erbschaftsschulden, und wenn kein Inventar

der Fristen der bonorum possessio deren Erlangung unmöglich macht[572])), ein solcher Ausschluß des Intestaterben bei Lebzeiten desselben[573]) nur durch die Verjährung der hereditatis petitio eintreten[574]). Der römische Unterschied zwischen civilem und prätorischem Erbrechte kann in Teutschland, wo das Wesen dieser Verschiedenheit nicht einmal zur genügenden Kunde gelangt ist, um Geltung erhalten zu können, keinen Einfluß mehr haben[575]); und es ist daher consequenter Weise auch überall nicht für erforderlich zu achten, daß jene Erklärung da, wo man etwa die Intestaterbfolge aus dem prätorischen Edicte, z. B. unde vir et uxor, herleiten könnte, in der römischen Frist und vor einer öffentlichen Behörde (agnitio bonorum possessionis) geschehe. Ferner findet das letztere bei der teutschen anticipirten Erbfolge statt, welche einen Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Intestaterben erfordert. Der Erwerb der Verlassenschaft verpflichtet nun 1) den Intestaterben, der nicht einheimischer ist, zuweilen den Abschoß an den Staat, die Gemeinde, oder den Grundherrn zu zahlen[576]); und selbst der einheimische muß bisweilen eine Erbschaftssteuer an den Staat[577]), oder bei der Succession in einem Grundherrn unterworfene Bauergüter ein Laudemium an den Grundherrn erlegen, von welchen Abgaben indeß die Descendenten be-

---

errichtet ist, auch den Verlust der falcidischen Quart nach sich zieht, den Verlust der Erbschaftsgüter aber nur wenn ausgeschlagen wird: L. 22. §. 14. C. de iure delib. (6. 30.), nicht aber wenn in den ersten drei Monaten von erlangter Wissenschaft der Delation der Erbe unthätig bleibt, gegen welche Ansicht v. Buchholtz, Zeitschr. für Civilr. und Proz. X. S. 393—403, sich erklärt hat: Vangerow, Arch. für civ. Prax. XXII. S. 206 flg. S. auch in diesem Werke den Art. benef. deliberandi.

572) Vgl. über diese §. 9. J. de B. P. (3. 9.) L. 4. §. 1. D. quis ordo in poss. (38. 15.)

573) Beim Tode des Erben, der nicht ipso iure erwarb, fällt die Möglichkeit der Erwerbung hinweg, wenn nicht etwa ein Transmissionsfall vorliegt, wie er allgemein stattfindet, wenn der Erbe innerhalb eines Jahres nach erlangter Wissenschaft von der Delation stirbt: L. 19. C. de iure delib. (6. 30.) Ueber diesen Fall: Vangerow a. a. O. S. 151 flg., und über die sonstigen Transmissionsfälle: dens. ebendas. XXV. S. 439 flg.

574) Ersitzung kommt dagegen nicht in Betracht; aber wer nicht pro herede oder pro possessore besitzt, kann der hereditatis petitio schon deßhalb ausweichen: L. 4. C. in quibus caus. cessat. etc. (7. 34.)

575) Denn das ganze prätorische Institut als eine rechtliche Wirkungen ohne wirkliches Recht hervorrufende Macht ist in Teutschland nicht zur Existenz gekommen, und daher können auch die Erfordernisse für den Eintritt jener Wirkungen nicht mehr als geltend betrachtet werden. Der Fall ist daher ein ganz anderer, als wenn die Vorschriften des römischen Rechtes über ein zur Geltung gelangtes Institut nicht beobachtet worden.

576) Jetzt freilich nur noch, wenn das Vermögen aus den Bundesstaaten und in fremde Staaten, mit denen keine Freizügigkeit besteht, geht, oder der Fremde zu der Zeit, wo er Successor wurde, einem anderen als einem solchen Staate angehört, oder wenn der Abschoß auch von einem Angehörigen desselben Landes zu entrichten wäre (vgl. Mittermaier a. a. O. §. 111, Note 1, 2, §. 112, Note 7 flg., §. 113), z. B. von Angehörigen einer anderen Gemeinde.

577) Z. B. Collateralerbschaftssteuer u. dgl.

daß die beim Leben des Erblassers von dessen Gute abgetheilten Kinder desselben im Verhältnisse zu nicht abgetheilten ausgeschlossen werden[513]); ferner daß der älteste Sohn oder der älteste männliche Schwertmage die übrigen ausschließt, wie bei der Erbfolge ins Heergewette[514]); daß gewisse Güter nur an Personen dieses oder jenes Geschlechtes fallen[515]); daß (nicht unvermögende) Ehegatten mit den Kindern oder mit den übrigen Intestaterben des verstorbenen concurriren[516]). — Eindringen des römischen Rechtes hat aber noch zu mannigfaltigen Verschiedenheiten in der Erbfolgeordnung geführt, und als die dadurch bald ganz, bald theilweise herbeigeführten Modificationen sind zu betrachten: Gleichstellung der Weiber mit den Männern[517]); unbegrenztes Repräsentationsrecht unter den Nachkommen[518]); Aufstellung der Ascendenten als einer besonderen mit dem Geschwister concurrirenden[519]) und die übrigen Seitenverwandten ausschließenden Gattung; Repräsentationsrecht der Geschwisterkinder[520]), selbst wenn sie allein mit Ascendenten concurriren; und endlich, was allein der teutschen Ordnung ihren Charakter raubt, durchgreifende Berechnung der Entfernung nach römischen Graden statt nach teutschen Gliedern unter Verschwinden der Unterscheidung von Busen und Stamm. — Diese Modificationen müssen dann die Folge haben, daß die gemeinrechtliche römische Erbfolgeordnung vom dogmatischen Standpunkte aus regelmäßig auch als die Basis der particulairen Erbfolgeordnungen er-

---

513) Vgl. oben Note 343 flg.

514) In Ansehung des Sohnes wird dieß bereits einer Vorschrift Heinrich I. zugeschrieben: Gobel, Persona in Cosmodr. act. VI. c. 47 (Meibom, script. rer. Germ. T. [illegible] p. 247). Heinecc. l. c. II. tit. 9. §. 24. in not. Fischer a. a. O. S. 72. Vgl. oben bei Note 298.

515) Vgl. oben bei Note 298 flg.

516) Vgl. oben Note 401 flg.

517) Mittermaier a. a. O. §. 438, IV.

518) Reichsabsch. v. 1498 §. 37. Kammergerichtsordn. v. 1500 §. 19. Reichsabsch. v. 1521 §. 18. Und zwar auch hier Weiber den Männern gleich: Kaiserr. II. 14. Bayer. Landr. v. 1344 c. 95. Liefländ. Stat. bei Senckenb. inedit. p. 415. — Nach L. Sal. tit. 62. c. 6. scheint es, daß schon Urenkel mit Enkeln, aber in capita, succedirten.

519) Bisweilen schlossen sie in Mobilien, selbst Großeltern und entferntere, das Geschwister aus: grand Cout. de France feuill. 55. Bisweilen concurriren auch andere Seitenverwandte, als Geschwister, mit ihnen: Alt. Culm. R. IV. c. 77. Magdeb. Fragen P. 1. c. 7. d. 14. Wurster Landr. tit. 1. art. 7. §. 8.

520) Z. B. in Niederhessen seit 1376, in Württemberg seit 1477. S. Fischer a. a. O. I. S. 143. — In Augsburg, Nördlingen und Hall in Schwaben nach kais. Privilegien von 1484, 1496, 1498: Müller, Reichstags-Theater IV. S. 451 flg. Allgemein: Reichsabsch. v. 1521 §. 19, 20, v. 1529 §. 31. Ueber die vorhergegangenen Verhandlungen: Harpprecht, Staatsarchiv des Kammergerichtes Th. II, §. 154, 176. Einzelne Städte, Mühlhausen und Lübeck, sträubten sich noch in den J. 1550, 1551, 1560 dagegen: Senckenberg, lebhafter Gebrauch vom teutschen R. Anh. Nr. 10. Brockes, obs. 519. In Lübeck war es jedoch seit Anfange des 17. Jahrh. beständig in Uebung nach Attest des Senates v. 24. März 1758 (Klefecker a. a. O. S. 538). In Sachsen fand es keinen Eingang: Danz a. a. O. VII. S. 335. Mittermaier a. a. O. §. 437, Note 6.

scheint[521]), und dazu die Eigenthümlichkeiten der alten teutschen Erbfolge ls Abweichungen sich darstellen; wie dieß z. B. bei dem sogen. Schooß- alle sich zeigt, vermöge dessen Eltern, namentlich die Mutter nach der Parömie: das Kind, oder das Erbe, fällt der Mutter in den Schooß, on dem Nachlasse ihrer ohne Nachkommen verstorbenen Kinder deren Geschwister ausschließen[522]), was nach teutschem Rechte schon aus dem Vorzuge der Gradesnähe im Busen und Stamme folgen würde. Alle ene als eigenthümliche teutsche Modificationen im Verhältnisse zu dem Systeme der Sippe bezeichneten Eigenthümlichkeiten[523]) haben sich indeß ald mehr, bald minder, jene hier diese dort, particularrechtlich noch bis etzt erhalten[524]); — und zwar auch bei der Succession in ein Vermögen, wo die Natur des Erbfolgerechtes dieselbe ist, wie im römischen Rechte und nach diesem beurtheilt wird. — In den vier Classen der römischen Successionsordnung nach der Nov. 118, von denen die erste ie Descendenten, die zweite die Ascendenten und das vollbürtige Geschwister, die dritte das halbbürtige Geschwister, und die vierte alle übrigen Seitenverwandten enthält; vom Repräsentationsrechte abgesehen, die frühere die folgende gänzlich ausschließt; und, abgesehen vom Concurrenzverhältnisse der Ascendenten zum vollbürtigen Geschwister, in jeder Classe er nähere Grad den entfernteren ausschließt; beschränken sich, wenn man wiederum vom Vorzuge der vollen Geburt vor der halben absieht, die wesentlichsten teutschen Modificationen der Successionsordnung der Verwandten in ein Vermögen auf die zweite Classe. — Insofern die der Theilung der Güter vorbeugenden und dem Eindringen des römischen Rechtes entgegenstrebenden Familiendispositionen des teutschen Adels als Ausfluß einer sogen. gesetzgebenden Gewalt, oder als die Grundlage eines Gewohnheitsrechtes angesehen werden, oder als sie sich darauf beschränken, ie gesetzliche Erbfolge aufrecht zu erhalten, oder blos unter denen, welche unmittelbar nach dem Stifter selbst zur Succession gerufen sind, einen der einzelne in das Verhältniß eines Anerben zu bringen, gehören die araus entspringenden besonderen Erbfolgeordnungen ebenfalls hierher. Sie önnen zwar im einzelnen höchst verschieden sein[525]); als deren Hauptrten sind aber folgende hier zu nennen. 1) Die Primogeniturrdnung, welche für die weltlichen Churfürstenthümer bereits in der oldenen Bulle festgesetzt wurde, und nach welcher a) der erstgeborene Nachkomme des Stifters der Ordnung, oder des jedesmaligen Erblassers, ämlich derjenigen Person, deren Hinwegfall dem Eintritte eines Anderen Raum gibt, wenn aber jener nicht mehr vorhanden ist, der erstgeborene i der Linie des erstgeborenen, überhaupt der erstgeborene der dermaligen

---

521) So z. B. im preuß. Landr., während das österr. Gesetzbuch der Parentelenordnung folgt, so wie auch der Code civil wesentlich vom röm. Rechte bweicht.

522) Mittermaier a. a. O. §. 439, Nr. IV, und das. Cit.

523) Vgl. oben Note 512—516.

524) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 438—441, mit Eichhorn a. O. §. 335.

525) Runde a. a. O. §. 665—667.

erstgeborenen Linie seiner Nachkommen; und b) wenn es an einem solchen fehlt, derjenige, welcher zu dem nächsten Ascendenten des Hinwegfallenden, von dem noch Nachkommen vorhanden sind, in solchem Verhältnisse steht, zur Succession gelangt. 2) Die Majoratfolge, nach der derjenige, welcher dem Erblasser dem Grade oder der allgemeinen gesetzlichen Erbfolge nach, der nächste ist, aber wenn deren mehrere sind, der älteste unter ihnen, succedirt. 3) Die Senioratfolge, welche das jedesmalige älteste Familienglied, ohne Rücksicht auf dessen verwandtschaftliche Nähe zum Erblasser, zur Succession ruft. 4) Die Minoratfolge, welche dem jüngsten den Vorzug gibt, entweder wo nach der Majoratfolge oder wo nach der Senioratfolge der älteste den Vorzug haben würde. — Der Stifter einer solchen Ordnung kann auch für verschiedene Güter mehrere Ordnungen festsetzen, z. B. so daß in einen Theil sein erstgeborener Nachkomme und seine Descendenz, in einen anderen der nachgeborene und dessen Descendenz nach Erstgeburtsrecht succedirt, in welchem Falle man die zweite Ordnung eine Secundogenitur nennt. Fallen hier sämmtliche zu der einen Ordnung gehörigen Nachfolger hinweg, so succediren in die ihr unterworfen gewesenen Güter zunächst diejenigen, welche keiner anderen Ordnung angehören, also z. B. der drittgeborene Sohn des Stifters oder dessen Descendenz[526]). — Indeß wird sich dieß doch nur dann rechtfertigen lassen, wenn die die Erbfolgeordnung begründende Disposition durch dieselbe nur ein Anerbenverhältniß der durch diese vorgezogenen Successoren herstellt, entweder weil sie keine größere Wirkung zu erlangen vermocht, oder weil ihr Stifter sich darauf beschränkt hat, und für diesen Fall ist über das Verhältniß dieser Erbfolgeordnung zur daneben bestehenden gesetzlichen noch Folgendes zu bemerken. Jeder, welcher beim Tode des Stifters gesetzlich ein ius succedendi hatte, hat dieses in ein, von dem angeborenen teutschen ius successionis zur Beerbung[527]) verschiedenes, romanistisches ius successionis[528]) aus der Beerbung verwandelt, welches er auf seine Nachkommen nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung transmittirt, oder vielmehr (gleich einem suus heres, der nicht in den Besitz der Erbschaft gelangt ist) vererbt[529]), während die Herrschaft über das Gut nach der dafür geltenden Ordnung weiter devolvirt. Erst wenn die Devolution der Herrschaft nach dieser Ordnung zu Ende geht, kann vermöge jenes romanistischen ius successionis ein Eintritt in die Herrschaft stattfinden[530]). Es kann aber jenes romanistische ius successionis nur in Ansehung desjenigen Gutes oder Antheiles erworben werden, welches ohne jene gestiftete Ordnung auf den

526) Ueber diese Erbfolgeordnungen: Griesinger, in der Forts. von Danz, Handb. des teutsch. Privatr. VIII. S. 1—110. Mittermaier a. a. O. §. 450.

527) Vgl. oben Note 162, 461.

528) Vgl. oben nach Note 107, 266a, und nach Note 462.

529) Auf dieses ius successionis gründet sich die Apanage: vgl. oben Note 256 flg.

530) Das eigene germanische ius successionis Entfernterer bleibt dabei in derselben Lage.

nach gesetzlicher Ordnung Berufenen verfallen müssen[531]). Die Ansicht, daß hier jeder, auch der Zurückgesetzte[532]) oder dessen Nachkommenschaft, dem ersten Stifter succedire[533]), ist demnach insofern richtig, daß derjenige, welcher, oder dessen Vorfahren, von der unmittelbaren Succession nach dem ersten Stifter ausgeschlossen worden, beim nachherigen Anfalle ein ius succedendi ausübt, welches schon im Verhältnisse zu diesem bestanden; und so lange noch Wirkungen der gestifteten Ordnung dauern, beim Wiedereintritte der gesetzlichen Erbfolgeordnung diese nach dem Verhältnisse zum Stifter beurtheilt werden muß[534]), wie es bei dessen Hinwegfalle bestand[535]). Dadurch unterscheidet sich die hier nur eintretende bloße Zurücksetzung von der durch eine gesetzliche Ordnung herbeigeführten wirklichen Entziehung der Erbfolge[536]). Tritt ein Verzicht des Zurückgesetzten hinzu, so muß dieser dann freilich das Verhältniß verändern, wenn er eine Entäußerung jenes romanistischen ius successionis begründet, also ein einer Abfindung gleich wirkender definitiver ist[537]). Allein es kann ein solcher Verzicht auch blos eine Anerkennung oder Genehmigung der Disposition des Stifters involviren, z. B. wenn die Erbfolge auf den ledigen Anfall vorbehalten ist; und in diesem Falle bleibt das Verhältniß so, wie es auch ohne den Verzicht gewesen wäre. Es versteht sich aber dabei wiederum, daß der Verzichtende ein solches ius successionis nicht erwerben kann, wenn er nach der gesetzlichen Ordnung überall nicht gerufen war, wie dieß bei den Erbverzichten der Töchter der Fall sein kann[538]); in welchem Falle sie, wenn sie den Verzicht verweigern, dennoch behandelt werden können, als ob sie verzichtet hätten[539]). Selbst ein Vorbehalt auf den ledigen Anfall, der seit dem

---

531) Z. B. der Stifter hat zwei Söhne A und B; letzterer ist als der jüngere zurückgesetzt, und A hat statt ½ das Ganze bekommen. Hier kann B und dessen Nachkommenschaft nun jenes romanistische ius successionis nur auf ½ erworben haben, und nur nach diesem Verhältnisse Apanage fordern.

532) Vgl. oben Note 71, 468.

533) Vgl. Boehmer, princ. iur. feud. §. 121. 145.

534) Vgl. oben Note 527 flg.

535) Die Nachkommen der beiden Söhne A und B (oben Note 531) sind also, sobald nach der gestifteten Ordnung nicht mehr succedirt wird, gleich nah, und theilen nach Linien, wie A und B gesetzlich in capita getheilt haben würden, und es succediren keineswegs allein die, welche der gesetzlichen Erbfolgeordnung zufolge dem letzten Besitzer die nächsten sind. Erst wenn einmal wieder nach der gesetzlichen Ordnung succedirt ist, und damit die Wirkungen der gestifteten Ordnung ausgeglichen sind, kann von einer ausschließlichen Succession nach dem letzten Besitzer die Rede sein. Anders beim Fideicommiß. S. unten Note 545.

536) Vgl. oben Note 465, 466.

537) Ein solcher scheint bei den adeligen Töchtern bis zum 14. Jahrh. üblich gewesen zu sein: Fischer a. a. O. Erbfolgsgesch. der Seitenverw. S. 87 flg.

538) Inwiefern ein solcher Fall nach älterem teutschen Rechte eintrat, wissen wir zwar (vgl. oben Note 202), nicht aber inwieweit das römische Recht beim Stammgute ausgeschlossen hat (vgl. oben Note 206, 207). Ueber die Verzichte der adeligen Töchter s. auch in diesem Werke den Art. Erbvertrag Bd. IV, S. 46 flg., und Reyscher, Zeitschr. für teutsch. R. VI. Nr. 6.

539) Vgl. oben Note 207.

14. Jahrhunderte bei solchen Verzichten üblich geworden, kann hier nichts ändern. Man hat den Vorbehalt der Succession nach dem Stifter auf den Fall des Erlöschens der Succession nach der von ihm gestifteten Ordnung als den des Rückfalles, den man auch als ein vorbehaltenes Fallrecht bezeichnet hat[540]), von dem Vorbehalte der Succession nach einem späteren Nachfolger in das Gut, auf den Fall, daß der Vorbehaltende durch die gesetzliche Ordnung nach diesem wiederum zur Succession gerufen sein würde, als den des ledigen Anfalles (im engeren Sinne) unterschieden[541]). Allein dieser letztere versteht sich für den hier in Rede stehenden Fall ganz von selbst und kann nur dann von Bedeutung sein, wenn der Stifter eine die dermalige Intestaterbfolge gänzlich aufhebende fideicommissarische Disposition errichtet hat[542]). Wenn man also dafür, daß in einem Erbverzichte der Töchter immer der Vorbehalt auf den ledigen Anfall enthalten sei, den Grund: daß dieser Verzicht nur den im teutschen Rechte ohnehin begründeten Ausschluß der Tochter durch den Sohn bestärken soll, angibt[543]), so kann dieß nur als richtig anerkannt werden, insofern letzterer Vorbehalt, nicht aber der Vorbehalt des Rückfalles gemeint ist. Auch kann ein solcher Vorbehalt bei einer fideicommissarischen Disposition überall keinen Rückfall ab intestato begründen, weil eine solche Disposition eben, sofern sie nicht alle Intestaterben des Stifters nach ihm zur Succession gelangen läßt und über die Ernennung eines Anerben nach ihm hinausgeht, die Intestaterbfolge nach ihm gänzlich aufhebt, und weil, wenn durch die Verzichte auch die Verzichtenden als Intestaterben gänzlich hinweggefallen sind, sie auch in solcher Eigenschaft überall keine Rechte mehr haben, und ein solcher Vorbehalt von ihrer Seite immer nur durch eine fideicommissarische Auflage zur Restitution an einen *Fideicommissar* Wirksamkeit erlangen kann[544]). Fällt ein *Fideicommissar, dem keine* Restitutionspflicht mehr oblag, ab intestato hinweg, so succediren auch nur seine nächsten Intestaterben[545]), während in dem hierher gehörigen Falle einer nur ein Anerbenverhältniß begründenden Disposition, dann, wenn es den Anerben an allen nachkommenschaftlichen Intestaterben fehlt, die früher Zurückgesetzten oder deren Nachkommen zur Ausübung ihres vom Stifter erworbenen Rechtes gelangen müssen[546]). Es tritt hier der Rückfall ein, und sie sind Regredienterben, aber immer nur in Ansehung desjenigen Theiles, der ihnen sofort vollständig zuge-

---

540) Fischer a. a. O. S. 87 flg. und Gesch. der teutsch. Erbf. I. S. 213.
541) Danz, Handb. VII. S. 445.
542) Dieser Fall bleibt hier ausgeschlossen. Dabei versteht es sich, daß nicht blos ein nominelles Fideicommiß, sondern eine Verfügung gemeint ist, vermöge welcher ein Successor zur Restitution an Personen verpflichtet wird, welche nicht ohnehin schon seine nächsten Intestaterben in Ansehung alles ihnen zu restituirenden Gutes sind.
543) Reinhard a. a. O. S. 127 flg.
544) S. übrigens in diesem Werke den Art. Familienfideicommiß Bd. IV.
545) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 449, Nr. V.
546) Vgl. unten Note 549, oben Note 527 flg.

fallen wäre, wenn sie gleich bei der ersten Beerbung des Stifters vollständig mit in Concurrenz getreten wären; und zwar selbst dann, wenn der Stifter den Heimfall des Ganzen an sie angeordnet haben sollte. Denn über denjenigen Theil, der nach ihm einmal giltig definitiv vererbt worden war, konnte er für fernere Successionsfälle durch eine Anordnung der hier in Rede stehenden Art nicht ferner wirksam disponirt haben; wiewohl man es für zulässig halten muß, daß er auf den Fall des Rückfalles in Ansehung derjenigen, welche durch denselben Rechte geltend machen wollen, eine gleiche Disposition trifft, wo man denn, wenn diese die Erstgeburtsfolge festsetzt, dieß im Zweifel auf das Verhältniß zum Stifter beziehen[547]), und nicht den Aeltesten als zuerst gerufen betrachten muß[548]). In Ansehung des rückfallenden Theiles sind übrigens diejenigen Intestaterben, welche Ascendenten oder Seitenverwandte des Stifters sind, schon der gesetzlichen Ordnung nach ausgeschlossen[549]). Wo indeß dergleichen Verhältnisse in Frage stehen, da pflegt man, von dem genügend bisher noch nicht festgestellten Begriffe von Autonomie[550]) ausgehend und mit Beihilfe der Wirkungen, welche man den gewöhnlich hinzutretenden Verzichten und Consensen der Erbberechtigten beilegt, auch wohl unter Gleichstellung solcher Dispositionen mit gesetzlichen Bestimmungen, ihnen eine ausgedehntere Wirksamkeit beizulegen. Allein diese Behandlungsweise macht für eine Ermittelung allgemeiner Normen Grund und Boden wankend, und die Entscheidung über solche Fälle muß von der Lage jedes einzelnen Verhältnisses abhängig gemacht werden, wobei denn allerdings die vorhin aufgestellten Grundsätze als die leitenden zu betrachten sind. Vorzugsweise bekannt ist auf diesem Gebiete die Streitfrage: ob, im Falle die Disposition zu Gunsten der Männer oder des Mannsstammes lautet, und der letzte Besitzer nur weibliche Descendenten hinterläßt, diese, die Erbtöchter, den Regredienterben vorgehen oder umgekehrt? die aber der besonderen Voraussetzungen wegen, von denen sie abhängt, dem Lehnrechte überlassen bleiben muß. Bei Bauerngütern ist die Anwendung jener Grundsätze freier, allein bei Ernennung eines Anerben findet hier gewöhnlich definitive Abfindung der Miterben statt[551]), eben so wo das Gesetz der Anerben bestimmt[552]), und jene besonderen Erbfolgeordnungen pflegen hier nur durch das Hofrecht oder die Verleihungsbedingungen eingeführt

547) Posse, Erbf. S. 48—50.

548) Wie Posse, Prüfung S. 110 flg., annahm.

549) Denn waren sie von der Succession nach dem Stifter ausgeschlossen, so müssen sie so lange von dem Gute ausgeschlossen bleiben, bis diese Succession ganz erledigt ist, wodurch sie auch nicht schlechter gestellt werden, weil ihnen immer nur Nachkommen des Stifters vorgehen.

550) Vgl. in diesem Werke den die Sache schärfer erfassenden Art. Autonomie Bd. I.

551) Vgl. oben Note 268 flg.

552) Und zwar nicht immer den ältesten, sondern auch bisweilen den jüngsten, und schon deßhalb kann man diesen Vorzug nicht mit Fischer, a. a. O. I. S. 155 flg., der Beispiele desselben anführt, aus einem mundium des ältesten ableiten.

zu sein und stehen dann der gesetzlichen Ordnung an Wirksamkeit gleich. —

V. Intestaterbrecht ist: 1) in der objectiven Bedeutung: der Inbegriff der Rechtsnormen, welche über die Intestaterbfolge gelten; 2) in der subjectiven aber: das durch die Intestaterbfolge erworbene Recht, mit den damit verknüpften Verbindlichkeiten, also das dadurch begründete Rechtsverhältniß eines Intestaterben, das ius successionis im romanistischen Sinne des Wortes[553]). — Der Intestaterbe kann keine anderen Rechte erwerben, als solche, welche der Erblasser hatte und verlassen hat; und zwar sind diejenigen, welche er verlassen konnte, immer nur solche, welche einen Körper als Gegenstand in sich fassen, wiewohl mit den ihnen anhängenden Rechten jeder Art, und Forderungsverhältnisse[554]). — Man könnte daher sagen: neben dem Intestaterbfolgerechte, welches an sich nur ein Rechtstitel sei, lasse sich nicht noch ein besonderes Intestaterbrecht im subjectiven Sinne unterscheiden, indem ja, sobald vermöge jenes Titels der Erwerb gemacht, das Recht des Intestaterben eben kein anderes sei, als das des Erblassers. Dieß ist nun auch insofern richtig, als man blos auf die einzelnen vom Erblasser auf den Erben übergegangenen Rechte sieht[555]), es bestehe ein solches Recht nun in der dem Erblasser bisher zugestandenen Befugniß zur Ausübung des Rechtes, welches schon vorher dem Intestaterben zustand, wie beim eigentlichen teutschen Erbe, oder in einem Rechte, welches von dem bloßen Erbfolgerechte auch seinem Begriffe nach, oder specifisch, verschieden ist. Allein dessenungeachtet finden sich auch noch nach dem Erwerbe dieser Rechte durch denselben begründete Verhältnisse bei dem Intestaterben, welche, obgleich sie theilweise auch bei Testaments- und Vertragserben vorkommen, doch immer dem Erben eigenthümlich, und bei dem Erblasser nicht vorhanden gewesen sind. Diese bestehen theils 1) dem Staate, bisweilen auch einer Gemeinde oder einem Grundherrn, 2) bei der teutschen sogen. successio anticipata dem Erblasser, 3) den Miterben, 4) den Vermächtnißnehmern, und 5) den Erbschaftsgläubigern gegenüber; und endlich kann auch noch 6) ein besonderes Verhältniß zu Personen oder zu Behörden entstehen, welche die Regulirung der Verlassenschaft besorgen. — Diese verschiedenen Verhältnisse, verbunden mit den Rechten, welche von dem Erblasser auf den Intestaterben übergehen, bilden das Intestaterbrecht in subjectiver Bedeutung, bei dem der Intestaterbe theilweise berechtigtes

553) Vgl. oben nach Note 107, Note 265a, nach Note 462, Note 528.

554) Vgl. meine Identität u. s. w. §. 20, Note 59, S. 426, 427. — Man muß sich hier indeß davor hüten, römische und teutsche Rechte, die einander ähnlich scheinen, gleich zu stellen, namentlich den teutschen Nutzen mit dem römischen Ususfruct. Jener ist dem römischen Eigenthume gleich, faßt einen Körper in sich und geht auf den Erben über; diesem ist der Körper nur als Mittel zum Fruchterwerbe unterworfen und er erlischt mit dem Tode des Berechtigten.

555) Goßl. Stat. a. a. O. S. 6, Z. 20, 21: Alle scult unde klaghe de en to vörderende heft, de vörderet sie erve of he sterft.

theilweise verpflichtetes Subject ist. Der Erwerb dieses Rechtes kann regelmäßig erst beim Tode des Erblassers eintreten, und wenn zur Zeit desselben eine die Intestaterbfolge aufhebende letztwillige Verfügung oder nähere Intestaterben vorhanden, von Seiten der Intestaterben oder den entfernteren erst dann, wenn jene unwirksam geworden ist, und diese ohne den Erwerb gemacht zu haben oder ihr Recht auf ihre Erben transmittiren zu können, sämmtlich hinweggefallen sind, in welchem letzteren Falle man von einer successio graduum et ordinum redet. Bei Verschollenen ist er jedenfalls erst dann möglich, wenn die sogen. Todeserklärung erfolgt ist, oder der Zeitpunkt eingetreten ist, in dem der Verschollene ohne eine solche Erklärung als todt behandelt werden kann[556]). Jene Todeserklärung ist aber richtiger Ansicht nach[557]) nur die Erklärung, daß der Tod als bewiesen anzunehmen und der Verschollene von seinem bisherigen Vermögen präcludirt sei[558]), setzt also an sich den Zeitpunkt, in dem die hereditas deferirt oder das ius succedendi erworben worden, noch gar nicht fest; und es scheint sonach kein anderer Zeitpunkt dafür angenommen werden zu können, als derjenige, wo die Verschollenheit ihren Anfang nahm[559]). — Die weitere Ausnahme im Falle des Eintrittes einer Person in ein Kloster[560]) wird heutzutage in der Anwendung sehr selten vorkommen. Desto häufiger aber findet sich in Teutschland ein Erwerb dieses Rechtes bei Lebzeiten des dereinstigen Erblassers durch die sogen. successio anticipata; während im Falle einer definitiven Abfindung bei Lebzeiten des Erblassers[561]), die freilich auch eine Art der successio anticipata ist, das ganze Erbenverhältniß in Beziehung auf das zur Abfindung gegebene Gut in einem bloßen Uebertragungsacte aufgeht. — Der Erwerb tritt bald ohne Weiteres durch den Hinwegfall des Erblassers ein, bald erfordert er noch einen besonderen Act. Ersteres ist der Fall bei dem römischen suus heres, und da, wo der teutsche Grundsatz: der Todte setzt den Lebenden in die Gewere, sich in Geltung erhalten hat[562]). Damit ist indeß ein

---

556) So zuweilen in transitorischen Gesetzen. Vgl. z. B. Pfeiffer, pract. Ausführungen IV. S. 385.

557) Eine Fiction anzunehmen hat das gegen sich, daß wenn der Verschollene lebend zurückkehrt, man ihn doch überhaupt als Rechtssubject betrachten, ja, wenn nicht particularrechtlich das Gegentheil gilt, wie z. B. in Sachsen (Haase, über Edictalladungen u. s. w. S. 122), ihm sein Vermögen zurückgeben muß (Mittermaier a. a. O. §. 147, Note 126.)

558) Das soll es im Grunde wohl heißen, wenn Savigny, System II. S. 18, 19, die Edictalladung als einen Versuch, die Präsumtion [illegible] Herstellung der Gewißheit überflüssig zu machen, und die Todeserklärung als eine declaratorische charakterisirt.

559) Thibaut, Syst. des Pandektenr. §. 122. Glück, Erl. der Pand. VII. §. 562, XXX. §. 379 c. Heise und Cropp, jurist. Abh. II. Nr. 4, S. 118. Savigny a. a. O. Andere sehen auf die Zeit der Todeserklärung: Preuß. Landr. II. 18. §. 835. Eichhorn a. a. O. §. 327. Vangerow, Leitf. I. S. 57.

560) Vgl. oben Note 10, 11.

561) Vgl. oben Note 12, 238, unten Zif. 2, und oben Note 343 flg.

562) Vgl. oben Note 101.

späteres Ausschlagen keineswegs ausgeschlossen[563]), auch kennen teutsche Rechte die Bestimmung, daß wer das Gut beim Tode des Erblassers in Händen hat, wenigstens wenn er dessen Gatte oder ein Miterbe ist, dasselbe erst am dreißigsten Tage nach dem Todesfalle herauszugeben braucht[564]). Letzteres tritt, wenn nicht etwa jener teutsche Grundsatz sich auch für diesen Fall erhalten hat[565]), bei jedem Intestaterben ein, der nach römischen Grundsätzen und nicht als suus heres succedirt, indem er durch eine ausdrückliche (hereditatis aditio) oder stillschweigende (pro herede gestio) Erklärung seinen Willen, Erbe zu werden, an den Tag legen muß. Ehe dieß geschehen, ist ihm blos die Succession durch den Hinwegfall des Erblassers eröffnet (hereditas delata est); wozu dann, wenn bei jenem Hinwegfalle noch Personen vorhanden sind, welche vorzugsweise das fragliche Erbrecht erwerben könnten, auch noch gehört, daß es gewiß ist, daß dieser Erwerb von ihnen nicht gemacht werden werde. Das teutsche Recht kennt indeß noch eine Frist, innerhalb welcher der Erbe sich in den Besitz des nachgelassenen Gutes setzen oder doch seine Absicht, erben zu wollen, an den Tag legen muß, wenn er dasselbe nicht verlieren will, wenigstens dann, wenn es sich um den Anfall an den Fiscus oder den Richter handelt. Sie beträgt Jahr und Tag[566]); beim eigentlichen Erbe, oder bei Immobilien, bei denen sie im schwäb. Landr. nicht gegolten zu haben scheint[567]), ein und dreißig Jahre und Tag[568]). Im Verhältnisse zu anderen Occupanten konnte der Erbe nur durch die von diesen erworbene Gewere ausgeschlossen werden, welche denn freilich derjenige, der weder nächster Erbe war, noch durch ein Rechtsgeschäft das Gut erworben hatte, nicht erlangen konnte; wiewohl auch hier einen nachfolgenden Erben bei Immobilien jene längere Frist auch gegen einen näheren Erben geschützt zu haben scheint[569]); und bei Mobilien, wo es keine (rechte) Gewere gibt, doch nach schwäb. Landr.[570]) dreijähriger Besitz in gutem Glauben die Verfolgung des Erben ausschließen mußte. Nach römischem Rechte kann, wenn nicht etwa der Ablauf einer auf Andringen anderer Erben gesetzten Deliberationsfrist die Wirkung mit sich führt, daß der Erbe als ausschlagend behandelt wird[571]) (abgesehen von dem Falle, daß der Ablauf

---

563) Vgl. unten Note 621.

564) Sächs. Landr. I. 22. §. 2, III. 15. §. 2. Goßl. Stat. a. a. O. S. 5, Z. 22—24, S. 11, Z. 20—23, und Göschen a. a. O. S. 144 flg.

565) Er wurde selbst auf vertragsmäßige und testamentarische Erbfolge ausgeb[illegible]: Mittermaier a. a. O. §. 466.

566) Sächs. Landr. I. 28. Schwäb. Landr. Cap. 30, Senck. 274.

567) Sächs. Landr. I. 29. Vgl. schwäb. Landr. a. a. O., wo nur allgemein vom Gute die Rede ist.

568) Sächs. Landr. a. a. O. I. 29.

569) Richtst. Landr. I. 23.

570) Schwäb. Landr. C. 56, Senck. 269.

571) L. 69. D. de adquir. vel omitt. hered. (27. 2.) (denegamus ei actiones). Diese Deliberationsfrist ist zu unterscheiden von derjenigen, welche der Erbe sich selbst erbittet, und die, wenn innerhalb derselben nicht ausgeschlagen wird, die Haftung für alle Erbschaftsschulden, und wenn kein Inventar

der Fristen der bonorum possessio deren Erlangung unmöglich macht[572]), ein solcher Ausschluß des Intestaterben bei Lebzeiten desselben[573]) nur durch die Verjährung der hereditatis petitio eintreten[574]). Der römische Unterschied zwischen civilem und prätorischem Erbrechte kann in Teutschland, wo das Wesen dieser Verschiedenheit nicht einmal zur genügenden Kunde gelangt ist, um Geltung erhalten zu können, keinen Einfluß mehr haben[575]); und es ist daher consequenter Weise auch überall nicht für erforderlich zu achten, daß jene Erklärung da, wo man etwa die Intestaterbfolge aus dem prätorischen Edicte, z. B. unde vir et uxor, herleiten könnte, in der römischen Frist und vor einer öffentlichen Behörde (agnitio bonorum possessionis) geschehe. Ferner findet das letztere bei der teutschen anticipirten Erbfolge statt, welche einen Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Intestaterben erfordert. Der Erwerb der Verlassenschaft verpflichtet nun 1) den Intestaterben, der nicht einheimischer ist, zuweilen den Abschoß an den Staat, die Gemeinde, oder den Grundherrn zu zahlen[576]); und selbst der einheimische muß bisweilen eine Erbschaftssteuer an den Staat[577]), oder bei der Succession in einem Grundherrn unterworfene Bauergüter ein Laudemium an den Grundherrn erlegen, von welchen Abgaben indeß die Descendenten be-

---

errichtet ist, auch den Verlust der falcidischen Quart nach sich zieht, den Verlust der Erbschaftsgüter aber nur wenn ausgeschlagen wird: L. 22. §. 14. C. de iure delib. (6. 30.), nicht aber wenn in den ersten drei Monaten von erlangter Wissenschaft der Delation der Erbe unthätig bleibt, gegen welche Ansicht v. Buchholtz, Zeitschr. für Civilr. und Proz. X. S. 393—403, sich erklärt hat: Vangerow, Arch. für civ. Prax. XXII. S. 206 flg. S. auch in diesem Werke den Art. benef. deliberandi.

572) Vgl. über diese §. 9. J. de B. P. (3. 9.) L. 4. §. 1. D. quis ordo in poss. (38. 15.)

573) Beim Tode des Erben, der nicht ipso iure erwarb, fällt die Möglichkeit der Erwerbung hinweg, wenn nicht etwa ein Transmissionsfall vorliegt, wie er allgemein stattfindet, wenn der Erbe innerhalb eines Jahres nach erlangter Wissenschaft von der Delation stirbt: L. 19. C. de iure delib. (6. 30.) Ueber diesen Fall: Vangerow a. a. O. S. 151 flg., und über die sonstigen Transmissionsfälle: dens. ebendas. XXV. S. 439 flg.

574) Ersitzung kommt dagegen nicht in Betracht; aber wer nicht pro herede oder pro possessore besitzt, kann der hereditatis petitio schon deßhalb ausweichen: L. 4. C. in quibus caus. cessat. etc. (7. 34.)

575) Denn das ganze prätorische Institut als eine rechtliche Wirkungen ohne wirkliches Recht hervorrufende Macht ist in Teutschland nicht zur Existenz gekommen, und daher können auch die Erfordernisse für den Eintritt jener Wirkungen nicht mehr als geltend betrachtet werden. Der Fall ist daher ein ganz anderer, als wenn die Vorschriften des römischen Rechtes über ein zur Geltung gelangtes Institut nicht beobachtet worden.

576) Jetzt freilich nur noch, wenn das Vermögen aus den Bundesstaaten und in fremde Staaten, mit denen keine Freizügigkeit besteht, geht, oder der Fremde zu der Zeit, wo er Successor wurde, einem anderen als einem solchen Staate angehört, oder wenn der Abschoß auch von einem Angehörigen desselben Landes zu entrichten wäre (vgl. Mittermaier a. a. O. §. 111, Note 1, 2, §. 112, Note 7 flg., §. 113), z. B. von Angehörigen einer anderen Gemeinde.

577) Z. B. Collateralerbschaftssteuer u. dgl.

frei zu sein pflegen[578]). Ferner pflegt 2) bei der anticipirten Erbfolge, namentlich bei Bauerngütern, das Leibzuchtsverhältniß[579]) einzutreten. Zuweilen bedingt auch der Abtretende von dem antretenden Erben sich die Zahlung von Schulden für ihn, oder die Herauszahlung einer bestimmten Summe aus, wenn er nicht etwa in dieser Beziehung Beschränkungen unterworfen ist[580]). — 3) Das Verhältniß der Miterben untereinander ist verschieden, jenachdem ihre Rechte in Beziehung auf alle Gegenstände der Verlassenschaft, welche den eigentlichen Stamm oder Hauptbestandtheil derselben bilden, gleich sind oder nicht. *Ungleich* sind sie, wenn dieser Hauptbestandtheil nur unter die *Herrschaft eines* oder einiger fällt, wo den von derselben ausgeschlossenen *Miterben bald*, unter Erhaltung ihres erworbenen ius successionis, ein Anspruch auf Apanage zusteht[581]), bald aber ein durch ihr angeborenes ius successionis begründeter Anspruch auf Abfindung[582]) oder auf Unterhalt[583]), und wenn das Gut, von dem sie ausgeschlossen sind, sich im freien Vermögen des Erblassers befand, ein Pflichttheilsrecht zustehen kann[584]). Sind ihre Rechte in der gedachten Beziehung gleichartig, so treten die gemeinrechtlichen Grundsätze über Erbtheilung ein[585]). Jedoch finden sich einige Modificationen. Erben Geschwister miteinander nach ihren Eltern, so gibt das ältere teutsche Recht dem ältesten von ihnen, so lange sie nicht reell getheilt haben, zuweilen die Befugniß, die übrigen in Erbschaftsangelegenheiten vor Gericht giltig zu vertreten[586]). Beim Tode des zu beerbenden Vaters tritt zuweilen die Mutter in Beziehung auf die Verlassenschaft, wenn sie ihr eigenes Gut oder ihren Erbantheil mit befaßt, also auch wo keine Gütergemeinschaft besteht[587]) *und selbst* da, wo sie selbst eines Vormundes[588]) oder Curators *bedarf, heutzutage* zuweilen, unter Beiordnung eines Assistenten[589]), *in die Stellung eines* Familienhauptes[590]); so daß das gesammte *verlassene* Gut ohne Thei-

---

578) Franzkius, de laudemiis c. 8. nr. 28. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 496, Nr. VIII.

579) Vgl. oben Note 238 flg.

580) Vgl. oben Note 277, 278.

581) Vgl. oben Note 256 flg.

582) Vgl. oben Note 228 flg., 268 flg.

583) Vgl. oben Note 216.

584) In dieser Beziehung können gemeinrechtlich nur die Grundsätze des römischen Rechtes in Betracht kommen. Vgl. oben Note 281a flg.

585) S. in diesem Werke den Art. Erbschaftstheilung Bd. III.

586) Vgl. oben Note 242.

587) Vgl. sächs. Landr. I. 11. a. E., I. 20. §. 3, III. 76. §. 1, 2.

588) Daß sie kein mundium haben konnte (Eichhorn, Staats- und Rechtsgesch. §. 55, Note a) stand auch im älteren Rechte nicht entgegen, so lange ihre Angelegenheiten von denen der Kinder nicht getrennt waren (vgl. Jüt. Lov I. 29). Sie und die Kinder, welche sie von ihrem verstorbenen Ehemanne hatte, bekamen denselben Vormund (sächs. Landr. I. 23. §. 2. Schwäb. Landr. Cap. 59, Senckenb. C. 319, §. 8).

589) Holst. Vormundschaftsverordn. v. 1743 §. 4, 5 (C. C. R. H. I. p. 165).

590) Vgl. oben Note 141.

nung unter ihrer Verwaltung bleibt, und eine besondere Bevormundung der unmündigen Kinder erst dann eintritt, wenn sie zur anderen Ehe schreitet[591]). Insbesondere aber pflegt die aus der Gütergemeinschaft den verstorbenen Mann mit ihren Kindern beerbende Wittwe das Recht zu haben, mit diesen im ungetheilten Gute zu verbleiben, in welchem Falle die sogen. communio bonorum prorogata stattfindet[592]); und eben so der überlebende Mann, der ebenfalls von einer sofortigen Abtheilung mit seinen Kindern in Ansehung desjenigen, was er mit ihnen von der vorverstorbenen Frau geerbt, gewöhnlich befreit ist[593]). Zuweilen hindert auch der dem überlebenden Ehegatten zustehende Nießbrauch an dem Nachlasse des vorverstorbenen die reelle Theilung desselben unter den Kindern[594]). Gehören zu der unter den Händen eines von mehreren Miterben oder Nießbrauchers befindlichen Masse andere Güter als Immobilien, so ist er zuweilen zur Errichtung eines Inventars verpflichtet[595]), die man auch bei der Verfangenschaft verlangt[596]). Ist bei der Succession nach demselben Erblasser neben dem Vermögen, in Ansehung dessen alle Erben gleichartiges Erbrecht haben, von demselben verlassenes Gut vorhanden, welches vorzugsweise oder ausschließlich einem Anerben zufällt, so muß das in Ansehung dieses Gutes stattfindende Verhältniß von demjenigen in Ansehung des Vermögens überhaupt getrennt werden. Bei dieser Trennung ist dann, wenn dieses Gut nicht zu dem verlassenen **Vermögen** des Erblassers gezählt werden kann, darauf Rücksicht zu nehmen, ob diesem Gute durch das Vermögen des Erblassers Accessionen zu Theil geworden sind, ohne daß das dazu Verwendete seinem Werthe nach jenem Vermögen entäußert worden[596a]), z. B. durch Errichtung von Gebäuden[597]) (das sogen. alode cum villa coniunctum). Da nur in das noch Vorhandene succedirt werden kann, so können auch nur die zur Zeit des Todes des Erblassers oder der Abtretung des Gutes an den Anerben noch vorhandenen Meliorationen zu jenem Vermögen gehören. — Hier bedarf es denn, wenn nicht etwa

591) Pfälz.-Zweibr. Untergerichtsordn. Art. 104. Hohenloh. Landr. Th. 2, Tit. 1, §. 3. **Falck**, im staatsb. Mag. IX. S. 241. Römische Ansichten haben indeß zuweilen frühere Vormundschaftsbestellung herbeigeführt, wo sie sonst während des Wittwenstandes nicht vorkam: vgl. **Euler** a. a. O. S. 42.

592) S. in diesem Werke den Art. **Güterrechte der Ehegatten**, auch oben Note 135. Hier finden sich indeß zuweilen tutores honorarii: Lipp. Verordn. wegen der Gütergemeinsch. v. 1786 §. 22.

593) Vgl. oben Note 151 flg., 369.

594) Vgl. oben Note 151 flg.

595) Vgl. **Mittermaier** a. a. O. §. 404, Note 16. **Schrader**, Lehrb. des schlesw.-holst. Privatr. §. 213. Holst. Vormundschaftsverordn. v. 13. Sept. 1743 §. 3, 5, 29, 30. Schlesw. Vormundschaftsverordn. v. 19. März 1742 §. 42.

596) **Fischer**, Gesch. der teutsch. Erbf. I. S. 259.

596a) Genauere Regeln darüber können nur aus der Praxis und Particulargesetzen entnommen werden. Vgl. **Eichhorn** a. a. O. §. 363 III. und das. Cit.

597) So auch beim Lehen: II. Feud. 8. §. 1. II. Feud. 28. §. 2. **Eichhorn** a. a. O. §. 235 a. E., §. 363 III.

jenes sogen. untrennbare Alode dem Anerben allein mit dem Gute zufällt[598]), — einer Ermittelung desjenigen Betrages, welcher von dem Anerben des Gutes als Aequivalent dafür zu der Masse des verlassenen Vermögens zu liefern ist. Im Falle einer anticipirten Succession durch Gutsabtretung bei Lebzeiten des Erblassers kann aber ein Anspruch der Miterben darauf erst dann entstehen, wenn durch seinen Tod die Succession in das Allodialvermögen eröffnet worden ist[598a]); allein von dem Rechte auf Abfindung von dem Gute selbst läßt sich, sofern eine solche vorkommt, nicht dasselbe behaupten, weil die Succession in dieses mit der Gutsabtretung für alle Miterben zugleich eröffnet erscheint[598b]). Insofern der Erblasser solche Verwendungen aus seiner Disposition unterworfen gewesenem fremden Gute, z. B. dem nicht in die eheliche Gütergemeinschaft gefallenen Eingebrachten seiner Ehefrau, bestritten und dasselbe dazu consumirt hat, ist freilich unter den Miterben selbst das Verhältniß im Grunde eben so, als ob der Stoff zu diesen Verwendungen dem eigenen Vermögen des Erblassers angehört hätte; da es gleichgiltig ist, woher er den Stoff entnommen, sobald er nur, hier durch die Consumtion, durch sein Vermögen gegangen ist. Die Verpflichtungen zum Ersatze gegen andere, welche er sich dadurch zugezogen hat, müssen dann auch von den Erben seines Vermögens erfüllt werden. Nur gegen diese also kann auch der Wittwe oder deren Erben ein Anspruch auf Ersatz des Eingebrachten zustehen, insofern nicht etwa die Voraussetzungen einer condictio sine causa bei dem Anerben vorhanden sind, und ihr gesetzliches Pfandrecht kann sich auf dasjenige Gut nicht erstrecken, woran ihrem Manne keine Veräußerungsbefugniß zustand. Es wird also nur insofern, als der Anerbe zugleich Erbe des Vermögens ist, ein Anspruch der Wittwe und ihrer Erben gegen ihn selbst begründet sein können, und wenn er ein Nachkomme des Erblassers ist, so muß er sich auch als dessen Vermögens- oder Allodialerben behandeln lassen[598c]). — Häufig betrachtet man indeß den Anerben als den alleinigen wahren Erben[599]). Wollte man aber auch dafür sagen, daß der Anerbe derjenige zu sein pflege, welcher den Stoff, der beim Tode des Erblassers seinen Gläubigern gleichsam

598) Vgl. oben Note 230 und Eichhorn a. a. O. §. 364, Note m. Dafür ist freilich auch das sächs. Landr. II. 21. §. 1—4, III. 38. §. 8. — Es kennt aber auch eine Sonderung des sogen. Allodialvermögens vom Stammgute überall nicht.

598a) Runde, Zeitschr. für teutsch. R. VII. S. 30, insofern dieser Anspruch unter Abfindung dort mit begriffen ist.

598b) Vgl. Runde, von der Leibzucht II. S. 67, aber dagegen: ders. in der Zeitschr. für teutsch. R. a. a. O. S. auch Pfeiffer, pract. Ausf. IV. S. 170. Beseler, Erbvertr. II. 2. S. 240. — Ob sie bei der Gutsabtretung als Mitcontrahenten zugegen sind (Runde, Zeitschr. a. a. O.) oder nicht, kann wohl keinen Unterschied in dieser Beziehung herbeiführen.

598c) Arg. II. Feud. 45. Vgl. Michelsen, Zeitschr. für teutsch. R. V. Nr. 8.

599) Eichhorn a. a. O. §. 364, nach Note n. Vgl. oben §. 296.

zum Angriffe preisgegeben sei, in Händen habe[600]), und derjenige, welcher dessen Stelle als Familienhaupt eingenommen und sich dadurch dritten gegenüber allein an seine Stelle gesetzt habe, so ist doch theils jene Voraussetzung nicht immer wahr, theils paßt diese Auffassungsweise nicht zu den römischen Grundsätzen, welche gemeinrechtlich über die Schuldenhaftung des Erben entscheiden, und namentlich auch hier entscheiden müssen, da man eine besondere Erbfolge in Ansehung des Allod oder freien Vermögens annimmt[601]). — Nicht selten, und zwar auch da, wo keine eheliche Gütergemeinschaft gilt, verliert jedoch die Frau durch das Aufheurathen auf ein Bauerngut, namentlich bei sogen. Meyergütern, das Recht auf Rückforderung des Eingebrachten[602]), und wird so angesehen, als ob sie zu dem Gute geboren sei, erwirbt also ein ius successionis oder eventuellen Anspruch auf eine Leibzucht[602a]), und tritt in die Reihe der Erben, wenn auch nicht in Ansehung des Vermögens ihres Mannes, doch in Ansehung des Gutes[603]). Von der Verpflichtung zur Abtheilung von den Meliorationen kann der Anerbe sich auch nicht dadurch befreien, daß er seinem Erbfolgerechte in das Vermögen des Erblassers entsagt, wodurch sie sich, auch abgesehen von ihrem Grunde, von einer Verpflichtung zur Collation, unterscheidet. Insofern indeß die von dem Gute ausgeschlossenen Erben des Vermögens zugleich ein ius successionis an jenem haben, und damit auch einen Anspruch auf Apanage oder eine ähnliche nach dem dermaligen Werthe des Gutes zu ermessende Verabreichung, oder sie doch eine auf gleiche Weise zu bestimmende Abfindung aus demselben erhalten, kann ihnen, insofern sie diese Ansprüche geltend machen, daneben ein Anspruch auf eine Vergütung jener Verwendungen nicht eingeräumt werden. Eine die Theilnahme an der Verlassenschaft bedingende Collationspflicht der Descendenten in Ansehung desjenigen, mit dem sie von ihren Eltern ausgesteuert worden, kennen bereits die früheren teutschen Quellen[604]). Es gilt also hier von der Aussteuer, was gemeinrechtlich durch das römische Recht in Ansehung der dos, der donatio propter nuptias und derjenigen donatio inter vivos, welche als deren Surrogat gilt, wenn der Beschenkte keine dos oder donatio propter nuptias zu conferiren hat, aber Miterben eine solche conferiren, oder derjenigen donatio, deren Collation der Erblasser vorbehielt, eingeführt ist[605]). Zuweilen muß auch die Wittwe ihr eigenes Vermögen confe-

---

600) Wenn er nämlich die übrigen vom ganzen Nachlasse mit Geld abgefunden hat.

601) Daß im Verhältnisse unter ihnen der Anerbe allein zur Zahlung der Schulden verpflichtet sein kann und es der Regel nach ist, weil die Abfindungssummen nach Abzug der Schuldenlast bestimmt werden, versteht sich von selbst.

602) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 497, Note 29, 30.

602a) Vgl. oben Note 235.

603) Mittermaier a. a. O. §. 497, Note 31, 32.

604) Sächs. Landr. I. 13. §. 1. Schwäb. Landr. C. 148, S. 285. Vgl. auch oben Note 381, 382.

605) Vgl. darüber: Thibaut, Syst. des Pandektenr. §. 882—86, und in diesem Werke den Art. Einwerfung Bd. III. Die Collation der

riren[606]) oder darf ihr eingebrachtes Vermögen nicht zurückfordern[607]), wobei ihr zuweilen indeß die Wahl zusteht, ob sie unter Zurücknahme des Eingebrachten ihr Successionsrecht aufgeben will[608]). Bei der reellen Erbtheilung werden die Grundsätze des römischen Rechtes zuweilen durch das Kührrecht modificirt, nach welchem einer der Miterben, z. B. der älteste, die Theile macht, der andere, z. B. der jüngere, wählt[609]). — Wo die Erbschaft ipso iure erworben wird, kann von einem Anwachsungsrechte[609a]) nur im Falle der Ausschlagung bei der Intestaterbfolge die Rede sein. Hier entscheidet dann, und ebenfalls wenn unterlassene Antretung der Anwendung dieses Institutes Raum gibt, gemeinrechtlich nur das römische Recht[610]). — Wenn ferner 4) der Erblasser seinen Intestaterben giltig die Zahlung von Vermächtnissen auferlegt hat, so gelten auch darüber gemeinrechtlich die römischen Normen, wiewohl particularrechtlich Abweichungen davon vorkommen, z. B. daß die Früchte, welche bis zum 30. Tage gezogen werden[611]), dem Erben gehören, daß der Abzug der Quarta Falcidia und Trebelliania hinwegfällt[612]). Der Intestatsuccessor in eigentliches Erbe als solcher kann aber mit Vermächtnissen nicht giltig beschwert werden. Auch ist 5) ein solcher Successor in dieser Eigenschaft den Erbschaftsgläubigern, insofern sie nicht etwa ein dingliches Recht an dem Erbe erworben haben, überall nicht verpflichtet, so wie denn auch verfangene Immobilien regelmäßig nicht für Schulden haften[613]). Wird er aber Erbe des Vermögens oder eines Theiles desselben, was denn auch dann der Fall ist, wenn dasselbe als Zubehör dem Erbe folgt, so haftet er dafür in derselben Art, wie

---

Emancipirten, die mit mehreren auch Fein, das Recht der Collation §. 31, neuerdings als durch Nov. 118., hinfällig betrachtet, wird indeß in Teutschland selten Anwendung finden, wo man particularrechtlich überhaupt die Collationspflicht sehr modificirte. Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 470, Note 6—9.

606) Vgl. oben Note 405.

607) Und zwar nicht blos dann, wenn Gütergemeinschaft besteht, sondern auch namentlich bei Bauergütern, wo sie dafür Anspruch auf eine Leibzucht hat: Vgl. oben Note 601.

608) So die sächs. adligen Wittwen beim gesetzlichen Leibgeding: Eichhorn a. a. O. §. 305, Note c. Bei der statutarischen Portion war darüber früher in Sachsen Streit: Mittermaier a. a. O. §. 443, Note 13.

609) Sächs. Landr. III. 29. Magdeb. Weichb. Art. 29. Schwäb. Landr. Cap. 26, 288b, Senck. 270. Anm. 19 zu Capitel 26 in der Laßberg'schen Ausg. Grimm, R.-A. S. 34. Mittermaier a. a. O. §. 468, Note 7. Sind mehr als zwei, entscheidet das Loos, nach Alg. Ritterrecht (Oelrichs a. a. O. S. 140).

609a) S. in diesem Werke den Art. Anwachsungsrecht Bd. I.

610) Bei der testamentarischen Erbfolge sind aber, wegen der Nichtanerkennung des römischen Grundsatzes: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, die teutschen Particularrechte oft abweichend vom römischen Rechte. Mittermaier a. a. O. §. 469.

611) Vgl. oben Note 564.

612) Mittermaier a. a. O. §. 470, Note 2—4.

613) Euler a. a. O. S. 16, Note 23. Vgl. S. 42 und S. 19, Note 35.

jeder andere Erbe[614]) dieser Gattung, und es haben sich in dieser Beziehung die Regeln des römischen Rechtes mit der Modification, welche das canonische Recht und dessen Usualinterpretation herbeigeführt, durchgängig geltend gemacht[615]). Es haftet also für alle Schulden, welche überhaupt auf die Erben übergehen, namentlich für alle, worüber schon ein Prozeß anhängig, sonst aber für Delictsschulden, — für welche er nach älterem teutschen Rechte überall nicht haftete, wiewohl er zur Restitution des ihm durch das Delict zu Händen gekommenen Gutes verbunden war[616]), und nach römischem Rechte, so weit dadurch eine Bereicherung auf ihn gekommen war[617]); — aber nur so weit, als das Vermögen reicht[618]). Jedoch kann ihn, wo der Erwerb des Intestaterbrechtes eine Antretung erfordert, der Gebrauch des beneficium inventarii[618a]) von der Haftung über den Bestand des Vermögens hinaus befreien. Während jedoch dazu nach römischem Rechte die Errichtung des Inventars unter Beobachtung der vorgeschriebenen Fristen und Förmlichkeiten genügt, in Ansehung deren teutsche Particularrechte zuweilen weniger streng sind[619]), wird dazu heutzutage zuweilen eine Erklärung, sich dieses Beneficium bedienen zu wollen, vor einer Behörde der freiwilligen Gerichtsbarkeit oder vor einem Gerichte und deren Zuziehung[620]) gefordert. Wo es keiner Antretung bedarf, da scheint freilich zu diesem Ende nur eine gänzliche Enthaltung von der Succession, die dann mit Befreiung von jeder Haftung für Erbschaftsschulden verbunden ist, anwendbar zu sein. Denn das ältere teutsche Recht gestattete nur dieß, aber unbedingt, auch nach erlangtem Besitze des Gutes und ohne Beschränkung auf eine Frist[621]). Das römische Recht kennt für diesen

---

614) Vgl. oben Note 31, 35, 296, 599.

615) Es entscheiden hier die Regeln über die passive Translation der Klagen.

616) Sächs. Landr. I. 6. §. 2, II. 17. §. 1, III. 31. §. 2. Gosl. Stat. a. a. O. S. 6, Z. 36—38, S. 7, Z. 8—11. Vgl. Sydow a. a. O. S. 366. Göschen a. a. O. S. 128, 149. Schwäb. Landr. C. 5, Senck. C. 261. — Eine wahre Ausnahme ist es auch nicht, daß der Erbe haftet, wenn der Erblasser sich durch Vertrag dazu verpflichtet: Gosl. Stat. S. 6, Z. 37, und Sydow a. a. O. S. 367, wohl aber, daß dasselbe wegen Beschädigung am Gute gilt: Gosl. Stat. a. a. O. S. 7, Z. 9—11.

617) Wenn sie auch später wieder unterging. L. 7. §. 2. D. de cond. furt. (13. 1.) Eine Unterscheidung zwischen pönalen und reipersecutorischen Klagen ist hier unpassend, wenn auch zuweilen statt der pönalen Delictsklage eine andere gewählt werden muß. S. Francke, [illegible]. zur Erläut. einzelner Rechtsmaterien S. 5 flg.

618) Thibaut a. a. O. §. 68. Particularrechtlich gilt dieß indeß zuweilen noch von allen Schulden; so in Ländern des sächsischen Rechtes: Mittermaier a. a. O. §. 467, Note 11, und das. Cit.

618a) S. den Art. beneficium inventarii.

619) Mittermaier a. a. O. §. 468, Note 11.

620) Puchta, Handb. der freiw. Gerichtsbarkeit II. S. 307. Trützschler, Anweisung zur Abf. rechtl. Auff. Th. 1, Abth. 3, Cap. 4. — Mit Wissen und Willen des Gerichtes: R. Culm. R. III. Tit. 10, C. 1. Eine Erklärung auf der Gerichtscanzlei: Code civ. art. 793. Vgl. unten Note 624.

621) Gosl. Stat. a. a. O. S. 6, Z. 30—32.

Fall nur das Abstiniren des suus heres, worunter immer eine solche gänzliche Enthaltung verstanden wird, wozu es aber, wenigstens seit Ulpian's Zeit, genügte, wenn der Erbe sich nicht als solcher gerirte[622], und was dann, wenn letzteres geschehen war, nur dem Pupillen noch gestattet wurde; aber in diesem Falle wohl nur, wenn er durch einen Antrag an den Prätor sich von diesem die Befugniß dazu erwirkte[623]). Indeß sind diese römischen Vorschriften da, wo der Erwerb des Intestaterbrechtes ohne Antretung aus der teutschen Ansicht: daß der Todte den Lebenden in die Gewere setzt, geflossen ist, doch keineswegs schlechthin anwendbar, und es wird auch hier, ja selbst da, wo eine Idee der römischen Suität zum Grunde zu liegen scheint, zuweilen eben so wie bei dem beneficium inventarii, eine in gewisser Frist abzugebende Erklärung an eine öffentliche Behörde gefordert, zuweilen selbst der Gebrauch des beneficium inventarii gestattet[624]). Von der vermöge ihrer Rechte aus der ehelichen Gütergemeinschaft succedirenden Wittwe wird dahingegen regelmäßig ein gänzlicher positiv erklärter Verzicht auf das vom Manne verlassene Vermögen gefordert, um Befreiung von der Schuldenhaftung zu erlangen, und Statute haben zuweilen besondere Formen dafür vorgeschrieben[625]). Uebrigens haftet auch schon derjenige, welcher sich als Erbe gerirt, selbst wenn sein Erbrecht noch zweifelhaft und bestritten ist, den Gläubigern[626]); jedoch bleibt ihm für den Fall des Unterliegens der Anspruch auf Ersatz gegen den Sieger. Nur wenn der Fiscus Partei ist, sind die Klagen der Gläubiger bis nach entschiedenem Erbschaftsstreite auszusetzen[627]), so wie sie auch während der Fristen der Deliberation und der Inventarserrichtung[628]) ihre Ansprüche nicht geltend machen können. Sonstige Fristen dieser Art er-

---

622) L. 12. D. de adquir. vel omittenda hered. (29. 2.) S. auch den Art. beneficium abstinendi Bd. I.

623) Vgl. dieserhalb: L. 11. L. 57. D. eod. L. 44. D. de re iud. (42. 1.)

624) Z. B. nach Hamb. Rechte: Klefecker a. a. O. IV. S. 556, 557, selbst in schleswig'schen Statuten: Eiderstedter Landr. III. 5. und Declarat. v. 31. Juni 1638, Husumer Stadtr. III. 3., Friedrichsstädter Stadtr. II. 3. 7. — Nach preuß. Landr. I. Tit. 9, §. 398, 414, 420, muß jede reine Antretung oder Ausschlagung bei Gericht geschehen; wer sich blos pro herede gerirt, wird angesehen, als habe er mit Vorbehalt des Inventars angetreten. — Nach Code civ. art. 784. geschieht die Entsagung auf der Gerichtscanzlei. Vgl. oben Note 618.

625) Vgl. Euler a. a. O. S. 56, Note 4, 5, und das. Cit. — Zuweilen wird diese Entsagung schlechthin das beneficium cessionis bonorum genannt: ebendas. S. 59, Note 16.

626) Den Vermächtnißnehmern ist es nur gegen den heres scriptus gestattet, in solchem Falle ihre Ansprüche sofort geltend zu machen (L. 12. pr. C. de H. P. [3. 31.]). Jedoch scheint Vangerow, Leitf. II. S. 363 (wo wohl statt Honorirter zu lesen ist Onerirter), dieß auf jeden Erben zu beziehen (wenn nicht etwa dort nur ein honorirter Onerirter gemeint ist).

627) Vgl. L. 12. C. cit. L. 35. D. de iure fisci. (49. 14.) Meine Identität u. s. w. §. 19, Note 7, 38, S. 377, 392, §. 20, S. 433 flg.

628) L. ult. §. 11. C. de iure delib. (6. 30.)

scheinen nicht begründet[629]), wiewohl Gesetz[630]) oder Edictalladung den Gläubigern eine präclusivische Anmeldungsfrist bestimmen können. Das Verhältniß des Intestaterben, welches 6) zu Personen oder Behörden stattfindet, welche die Verlassenschaft zu reguliren haben, kann nur insofern hierher gezählt werden, als es nicht einer unbedingt willkürlichen Beauftragung desselben seine Entstehung verdankt, oder in einer rein freiwilligen negotiorum gestio sich gründet, oder in einer Tutel oder Curatel besteht. — Es kann also nur auf einer Anordnung des Erblassers beruhen, wo es dem Verhältnisse des Testamentserben zu den Testamentsexecutoren gleich sein würde[631]), oder auf einem particulairen Gesetze, welches dergleichen Geschäfte einer öffentlichen Behörde zuweiset, oder auf einem durch die besondere factische Lage, welche bei einer Verlassenschaft eintritt, herbeigeführten Grunde. — Letzteres kann, wie bemerkt, beim Gebrauche des Inventars der Fall sein, aber es pflegt auch dann, indeß nur particularrechtlich, stattzufinden, wenn die Erben selbst außer Stande sind, diesem Geschäfte vorzustehen, wie wenn sie der rechtlichen Handlungsfähigkeit entbehren und noch nicht mit Pflegern versehen, oder abwesend sind[632]). Insofern hier nicht bei zuweilen eintretender concursmäßiger Behandlung die Regeln dieses Verfahrens, oder die Befugnisse und Pflichten öffentlicher Behörden[633]), oder particulaire Rechtsnormen, oder giltige Anordnungen des Erblassers entscheidend, oder auch wegen der Aufforderung zur Thätigkeit, welche von den Betheiligten ausging, die Grundsätze des Mandates, oder wegen der Beschaffenheit der Thätigkeit die der locatio conductio operarum anwendbar sind, muß dieses Verhältniß nach den gemeinrechtlichen Regeln über die negotiorum gestio beurtheilt werden. Diese kommen denn auch zur Anwendung, wenn ein Miterbe allein in Erbschaftsangelegenheiten gehandelt hat, wiewohl modificirt, nach den Grundsätzen der actio familiae herciscundae[634]), während gegen den unberechtigten Besitzer die Grund-

629) Die neun Trauertage, welche eine solche Frist nach Nov. 115. c. 5. §. 1. bilden, dürften schwerlich noch Anwendung erleiden, und daß man (Klefecker a. a. O. §. 242, S. 555) die 30tägige Frist des sächs. Landr. (oben Note 564) hierauf ausdehnt, scheint nicht zu rechtfertigen.

630) So Jüt. Lov I. C. 23.

631) Der Name Testamentsexecutor paßt freilich nur, wenn die testamentarische Erbfolge eintritt, allein dieselbe Person kommt doch auch zur Vollstreckung codicillarischer Personen bei der Intestaterbfolge vor.

632) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 465, Note 3—9.

633) Man pflegt hier, wenn Entschädigungsansprüche in Frage stehen, in Ermangelung sonstiger Normen, die actio adversus iudicem qui litem suam fecerit zu gestatten. Allein es versteht sich von selbst, daß dieß bei der Verschiedenheit der Verhältnisse eines urtheilenden Richters und der Behörden für die hier in Rede stehenden Functionen ein bloßer Name ist, und die Sache immer in Besorgung fremder Angelegenheiten besteht, durch welche eine Verantwortlichkeit und Verpflichtung entstanden ist. Weit passender ist daher eine Analogie der Vorschriften über die Haftung der Behörden in Ansehung des Vormundschaftswesens und des Hypothekenwesens.

634) L. 19. L. 22. §. 4. L. 44. §. 3. L. 56. D. fam. herc. (10. 2.)

lichen Inventars, eine eidliche, ja sogar zuweilen eine einfache, Specification (s. oben S. 799) zugelassen[12]); allein wenn ein dritter das Recht, ein Inventar zu verlangen, hat, so ist die Unterlassung der Herstellung eines solchen, wegen der so eben angegebenen und mehrerer noch zu erwähnender Nachtheile, alle Male gefährlich[13]). Hauptsächlich tritt die Verpflichtung zur Inventarsfertigung bei Uebernahme einer Vormundschaft[14]) ein[15]), wenn nicht die Obrigkeit, deren Pflicht dieß nach der heutigen Verfassung in der Regel ist[16]), bereits ein Inventar hat fertigen lassen, oder der Vormund die Vormundschaft von einem früheren Vormunde übernimmt[17]), der schon ein Inventar gefertigt hat (in welchem Falle der neuantretende Vormund nur zu revidiren hat, ob die Gegenstände des vorigen Inventars noch sämmtlich vorhanden sind), oder der Erblasser, von dem das Vermögen herrührt, diese Fertigung untersagt hat[18]). Die Fertigung des Inventars kann zwar von dispositionsfähigen Erblassern untersagt werden, doch nicht zum Nachtheile dritter, z. B. der Gläubiger, des Fiscus, oder der Notherben, wenn diese z. B. dadurch in die Unmöglichkeit kommen, zu beurtheilen, ob sie am Pflichttheile verletzt sind, in welchem Falle sie nicht einmal durch die Socinische Clausel gebunden werden[19]). Sowohl der gesetzliche, als der testamentarische, als der Dativvormund, selbst der Protutor müssen ein Inventar fertigen[20]). Nach den römischen Gesetzen sollte das Inventar vor Gericht in Gegenwart der Primaten, des Defensors und anderer Gerichtspersonen errichtet, Gold und Silber, und Alles, was durch die Zeit nicht abgenutzt wird, unter Gerichtssiegel gelegt und sicher aufbewahrt werden, wenn nicht die Vermögensumstände des Mündels den Ankauf von Immobilien oder die verzinsliche Ausleihung der Gelder nothwendig machen[21]). Vieles hiervon ist jedoch

---

12) L. 2. C. quando et quibus quarta pars etc. (10. 34.) Nov. 48. c. 1. pr. Strube, rechtliche Bedenken, Spangenberg'sche Ausg., Bd. 1, Bed. 88 (I. 79). Mühlenbruch und Schweppe a. a. O.

13) (v. Trützschler) Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze Th. 1, Hauptabth. 3, Hauptst. 4, §. 18. Glück a. a. O. §. 1330, S. 192 flg. und die Note 90, S. 193 angef. Schriftsteller.

14) (v. Trützschler) a. a. O. Th. 1, Hauptabth. 3, Hauptst. 4, §. 6 flg., Th. 2, Hauptabth. 5, Hauptst. 1, §. 5 flg. Mayer, Anleitung zum Selbstanfertigen von Inventarien, Vormundschaftsrechnungen u. s. w. Culmbach 1839.

15) v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechtes Buch 4, §. 118 (407). Mittermaier, Grunds. des teutschen Privatrechtes §. 421 (371).

16) Glück a. a. O. Th. 29, §. 1318a, S. 459.

17) (v. Trützschler) a. a. O. Th. 2, Hauptabth. 5, Hauptst. 1, §. 5.

18) v. Wening-Ingenheim a. a. O.

19) (v. Trützschler) a. a. O. Th. 1, Hauptabth. 3, Hauptst. 4, §. 17. Glück a. a. O. Th. 7, §. 546, S. 85 u. 90. Mühlenbruch l. c.

20) Lauterbach, colleg. theoret. pract. Lib. 27. Tit. 5. §. 5. Glück a. a. O. Th. 30, §. 1331, S. 202, Th. 32, Abth. 1, §. 1373, S. 319.

21) Glück a. a. O. Th. 30, S. 185.

geändert werden. Keineswegs aber kann darum behauptet werden, daß der Vormund dieselbe Form beobachten müsse, welche dem Erben beim beneficium inventarii vorgeschrieben sei[22]). Vielmehr ist bei dem Vormundschaftsinventarium nur nöthig, daß die Fertigung entweder gerichtlich, oder vor Notar und Zeugen geschehe[23]). Die unterlassene Fertigung des Inventars macht den Vormund, wenn er nicht hinreichende Entschuldigungsgründe hat[24]), zu einem tutor quasi suspectus, der nach römischem Rechte der Infamie Preis gegeben ist und selbst blos deßhalb abgesetzt werden kann[25]). Uebrigens muß sowohl der Tutor als der Curator eines Erwachsenen ein Inventar fertigen[26]). In dem Inventar bei der cura absentis ist, zur Sicherung des Vormundes und zu Vermeidung gefährlicher Prozesse für ihn, genau zu bemerken, in welchem Zustande die Sachen und besonders die Gebäude sich befanden, damit bei dereinstiger Herausgabe des Vermögens der Vormund weder wegen deren schlechten Zustandes noch wegen der darauf verwendeten Baukosten in Anspruch genommen werde[27]). — Weit umständlicher sind die Formalien und viel schwieriger die Folgen der Fertigung eines Nachlaßverzeichnisses, eines Inventars von Seiten des Erben behufs der Benutzung des beneficium inventarii. Indem wir uns deßhalb auf die Bearbeitung dieses Art. (Bd. 1, S. 909 flg.) beziehen, können wir in besonderer Rücksicht auf das Inventar hier nur noch Folgendes bemerken. Die öfter aufgeworfene Frage, ob die gesetzlichen Fristen zur Errichtung eines Erbschaftsinventars heutzutage noch zu beobachten seien[28]), muß, da weder ein abänderndes Gesetz, noch eine derogirende Gewohnheit, noch eine mit dieser Vorschrift nicht verträgliche neuere Verfassung nachgewiesen werden kann, jeden Falles bejaht werden[29]). Inwiefern man die Zuziehung der Interessenten, namentlich der Vermächtnißnehmer und Erbschaftsgläubiger für nothwendig erachtet[30]), müssen den betheiligten Unmündigen Vormünder bestellt und diese zuge-

---

22) Die Litteratur über diesen zugleich umständlich referirten Streit s. bei Glück a. a. O. S. 189 flg.

23) Strube und v. Trützschler a. a. O. Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, von Erxleben, Bd. 3, Abth. 1, §. 757.

24) Welche allerdings in der oft angezogenen L. 7. pr. de adm. etc. für zulässig erklärt sind.

25) L. ult. §. 1. C. arbitrium tutelae. (5. 51.) Glück a. a. O. Th. 31, §. 1348, S. 53.

26) Calvinus l. c.

27) Glück a. a. O. Th. 33, §. 1397b, S. 274 flg.

28) Berg, juristische Beobachtungen und Rechtsfälle Th. 2, S. 112. Glück-Mühlenbruch, in der nachstehend angezogenen Stelle S. 361.

29) Strube a. a. O. Bd. 2, Bed. 280 (V. 7). Glück-Mühlenbruch a. a. O. S. 363, gegen Leyser, med. ad II. Vol. V u. VI. spec. 4 u. 5.

30) Vgl. in diesem Werke den Art. beneficium inventarii Bd. I, S. 910 a. E. Dagegen Glück a. a. O., Mühlenbruch'sche Fortsetzung, Th. 41, §. 1468, S. 360. Inwieweit die Praxis auch hiervon abweicht, ist bemerkt S. 362, 363.

zogen werden[31]). Doch können diese Vorsichtsmaßregeln da beschränkt werden, wo, wie jetzt in der Regel, eine Versiegelung des Nachlasses dem Inventarium vorausgeht, obgleich dieses auch ohne solche, da sie den Römern unbekannt war, in Ermangelung gebietender Particulargesetze, giltig errichtet werden kann. Der Hauptzweck des Inventars ist die Gründung einer Erbvertheilung darauf[32]), und da es eben deshalb blos ein Verzeichniß der Gegenstände sein soll, welche der Verstorbene zur Zeit seines Todes hatte (super his rebus, quas defunctus mortis tempore habebat[33])), so folgt daraus schon von selbst, daß die conferenda der einzelnen Erben nicht in das Nachlaßverzeichniß gehören. Denn die Collation besteht nur in der Einwerfung *eigenen Vermögens der Erben*[34]). In Hinsicht auf die Folgen der Inventur (Art. Benef. inv. S. 912) kann die Anomalie nicht übergangen werden, daß zwei Fälle vorhanden sind, in denen die Erbschaftsgläubiger wegen Unzureichendheit der Masse von ihren Forderungen schwinden lassen, während die auferlegten Vermächtnisse ganz bezahlt werden müssen. Dieß tritt ein, wenn der Erbe ein Soldat ist und kein Inventar errichtet, oder der Erbe zwar ein Inventar, unter Beobachtung der übrigen gesetzlichen Quellen, gefertigt, aber die Legatare und die erforderlichen Zeugen nicht zugezogen hat[35]). Endlich wenn der Erbe auch nicht die Benutzung der Wohlthat des Inventars bezweckt, aber im Besitze der Erbschaft ist, kann er behufs der Erbvertheilung selbst mittelst der Erbschaftsklage auf Herausgabe eines Inventars, mindestens einer eidlichen Specification, nach der Praxis, wenn gleich nicht nach klaren Gesetzen, belangt werden[36]). Uebrigens disponiren die Gesetze[37]), daß der zur Edition eines Inventars verpflichtete Erbe, wenn er dieser Pflicht nicht nachkömmt, des falcidischen Viertheiles verlustig sein soll. Vorzüglich liegt die Verpflichtung zur Fertigung und Herausgabe eines Inventars *dem fiduciarischen Erben* ob. Denn da die fideicommissarische Erbschaft, das Fideicommiß, dereinst ganz auf den fideicommissarischen Erben übergehen soll, so muß genau vorliegen, worin das Fideicommiß besteht; es wäre denn, daß der Erblasser disponirt hätte, der Fideicommißerbe

---

31) Glück a. a. O. Th. 11, §. 729, S. 40.

32) Glück a. a. O. S. 39.

33) So lauten die Worte des in dem wiederholt angezogenen Artikel hierbei S. 911, Note 10, aufgeführten Gesetzes.

34) v. Wening-Ingenheim a. a. O. Buch 5, §. 179 (512). Mühlenbruch l. c. §. 712. Schweppe a. a. O. Bd. 5, §. 862.

35) Fritz, über die Collision der Legatare mit den Erbschaftsgläubigern und den Gläubigern der Erben, im Archive für die civilistische Praxis Bd. 12, Hft. 2, Nr. XII, S. 282. Klein, Rechtssprüche Bd. 1 (Berlin u. Stettin 1796), S. 186.

36) Stryk, usus modernus pand. Lib. 5. Tit. 3. §. 5. Glück a. a. O. Th. 7, §. 566, S. 542. Findet die actio ad exhibendum in Beziehung auf ein Erbschaftsinventar als vorbereitendes Mittel für eine Erbschaftsklage u. s. w. statt? in Bolley, vermischte juristische Aufsätze Bd. 1, Nr. 11.

37) L. 22. §. 14. C. de iure deliberandi. (6. 30.) Nov. 1. c. 2. §. 2. Hellfeld l. c. §. 1578.

solle nur so viel erhalten, als der fiduciarische Erbe bei seinem Tode übrig lassen werde[38]). Eben so und aus gleichem Grunde ist das Inventar bei der possessio ventris nomine data unerläßlich[39]). Ueberhaupt geben die ehelichen Verhältnisse öfter zum Recurs auf die Inventarisation Veranlassung. Abgesehen von dem so häufig eintretenden Falle der Concurrenz des einen Ehegatten beim Nachlasse des anderen, durch welchen der überlebende in die Nothwendigkeit der Inventarisation versetzt wird[40]), pflegt sich deren Nutzen schon beim Beweise des Einbringens zu bewähren[41]). Vorzüglich häufig aber handelt es sich um das Inventarium da, wo die communio bonorum particularis unter den Eheleuten besteht und diese aufgelöst wird[42]). Während wir mehrere nur bei den Römern übliche Inventuren, z. B. die über die Güter der Proscribirten (inventarium confiscationis)[43]) übergehen, erwähnen wir als Folge des allgemeinen Grundsatzes, daß jeder Verwalter fremden, von ihm herauszugebenden, Vermögens ein Inventar darüber zu fertigen schuldig ist, das Inventar des Nutznießers. Der Eigenthümer kann dieß, wenn gleich im römischen Rechte die Fertigung desselben blos angerathen wird[44]), doch nach allgemeinen Grundsätzen unstreitig verlangen, damit dereinst bei geendigtem Nießbrauche ein vollkommener Beweis darüber vorhanden sei, was der Usufructuar bekommen und nunmehr zu restituiren hat[45]). Auf gleichem Grunde beruht das Inventar des Güterpflegers (curator bonorum) in einem Creditwesen, auf der Absicht, daß die Masse gehörig festgestellt werde[46]). Ausnahmen von jenem allgemeinen Grundsatze, aus dem Vorstehendes gefolgert wurde, finden sich zuvörderst beim peculium adventitium, das, dem Kinde gehörig, doch vom Vater benutzt und administrirt wird, der aber kein Inventar darüber zu fertigen und heraus-

---

38) (v. Trützschler) a. a. O. Th. 2, Hauptabth. 6, Hauptst. 1, §. 24 flg. u. 26. Mühlenbruch l. c.

39) L. 1. §. 26. D. de ventre in possess. mitt. (36. 9.) Calvinus l. c.

40) Ueber die Folgen der Unterlassung der Errichtung eines Inventars durch den überlebenden Ehegatten über den Nachlaß des Verstorbenen, in Bopp, Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogth. Hessen Bd. 3 (Darmstadt 1831), S. 191.

41) Kann ein vor eingegangener Ehe ohne Zuziehung des künftigen Ehemannes errichtetes Inventarium über das Vermögen der Frau zum Beweise ihres Einbringens dienen? in v. Hohnhorst, Jahrbücher des Oberhofgerichtes zu Mannheim Jahrg. 6 (Mannheim 1830), S. 24.

42) Kullmann, Versuch einer Anweisung zu dem Inventur- und Theilungsgeschäfte vor Gericht, wo die communio bonorum particularis besteht. Frankfurt a. M. 1789. Gros, Wegweiser bei Zubringensinventarien, wo die comm. bonor. partic. unter Eheleuten besteht. Wiesbaden 1830. Schuster, practische Anleitung zur Vermögensbeschreibung und Abtheilung nach Auflösung einer gesetzlichen ehelichen Gütergemeinschaft. Heidelberg 1834.

43) Calvinus l. c.

44) L. 1. §. 4. D. usufructuarius quemadm. caveat. (7. 9.)

45) Glück a. a. O. Th. 9, §. 658, S. 496.

46) Hellfeld l. c. §. 1822. 1829.

zugeben hat[47]). Ausgenommen ist ferner der Fall, wenn der Testirer dem Vormunde die Fertigung eines Inventariums untersagt hat — eine Befugniß, die auch jetzt noch keinem Testirer, er sei der Vater des Erben oder nicht, abgesprochen werden kann, und in welchem Falle der Vormund nur eine eidliche Specification fertigen muß. Eben so kann der Richter, als Obervormund, aus erheblichen Gründen, namentlich wenn die Errichtung des Inventars dem Pflegebefohlenen schaden könnte, dem Vormunde die Fertigung des ersteren erlassen. Irrig aber ist die Behauptung, daß gemeinrechtlich die Mutter von der Fertigung eines feierlichen Inventariums frei, höchstens zu Herausgabe einer eidlichen Specification verbunden sei, wenn sie gleich nach teutschem Rechte in dem Falle, wo sie den vollen Nießbrauch in ihres verstorbenen Mannes Gütern hat, keine Rechnung abzulegen braucht, und wenn gleich jene irrige Meinung in mehrere Particularrechte übergegangen ist. Die Verbindlichkeit der Wittwe, dereinst den Erben das Vermögen des Mannes herauszugeben, bedingt, trotz der erlassenen Rechnungsablegung, jene Verbindlichkeit[48]).

Da das Inventar zum Vortheile des Eigenthümers, z. B. des Unmündigen (in rem pupilli) errichtet wird, so treffen auch diesen die dießfallsigen Kosten[49]). Denn das Inventar liefert den vollständigsten Beweis für den Eigenthümer gegen den Inhaber der inventirten Sachen, weil dieser selbst das Inventar fertigt oder fertigen läßt, mithin dasselbe sein Bekenntniß über die in seinem Gewahrsam befindlichen Sachen enthält, und weil für das Inventar, als eine öffentliche Urkunde, die Vermuthung der Richtigkeit und Glaubwürdigkeit streitet. Doch ist diese Vermuthung zwar eine sogen. praesumtio violenta, aber nicht eine praesumtio iuris et de iure[50]). Daher läßt die Praxis Eideszuschiebung gegen das Inventar nur bei vorhandenen motivirten Muthmaßungen der Unrichtigkeit zu[51]). Gleichwohl muß der Erbe, der mit einem Inventar antritt, auf Erfordern dasselbe eidlich erhärten[52]) — eine Verordnung, wodurch dem Inventarium der Manifestationseid noch beigegeben worden und wodurch die jetzt übliche eidliche Specification entstanden ist[53]). Die Form des Inventars muß so sein, daß dasselbe seinem oben angegebenen Hauptzwecke entspricht; es wird daher, da

---

47) Umständlich ist dieß herausgesetzt vom Verf. dieses Artikels in der Ersch-Gruber'schen Encyklopädie Sect. III. Bd. 14, S. 398 flg., unter dem Worte: Peculium. Vgl. auch Glück a. a. O. Bd. 14, §. 909, S. 373.

48) Ueber Alles dieß verbreitet sich ausführlich Glück a. a. O. Bd. 34, §. 1331, S. 202 flg.

49) Lauterbach l. c. Lib. XXVI. Tit. 7. §. 10. Glück a. a. O. §. 1330, S. 202.

50) Glück a. a. O. S. 195 u. 200.

51) Gebrüder Overbeck, Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien Bd. 4 (Hannover 1804), S. 106 (115).

52) L. 22. §. 10. C. de iure delib. (6. 30.) Nov. 1. cap. 2. §. 1.

53) Schweppe a. a. O. §. 210.

es die Grundlage der künftigen Rechnung und überhaupt künftiger numerischer Verhältnisse bilden soll, großentheils nach Rechnungsgrundsätzen zu beurtheilen sein. Dasselbe pflegt entweder vom Richter oder vor Notar und Zeugen gefertigt zu werden, ersteres vorzüglich da, wenn die Erbschaft verschuldet erscheint, die Rechte des Fiscus dabei concurriren oder Particularvormundschaftsgesetze dieß wegen concurrirender Unmündiger dem Richter zur Pflicht machen; letzteres dann, wenn die Erben für sich, besonders auch wegen Benutzung der Inventarswohlthat das Nachlassenschaftsverzeichniß errichten. Doch pflegt diese letztere Art der Inventarisation jetzt seltener zu sein, weil dann alle römischrechtlichen Formalitäten der Inventur beobachtet werden müssen, wovon häufig die Gerichte durch Gewohnheit oder Particulargesetze dispensirt sind. Beiden Inventuren muß, wenn eine Versiegelung erfolgt ist, welche auch vom Notar bewirkt werden kann, die Untersuchung der aufgedrückten Siegel und, wenn sie unversehrt gefunden werden, die Entsiegelung, auch wenn Sachverständige z. B. als Taxatoren zuzuziehen sind, deren Bestellung und Verpflichtung vorausgehen. Bei der Handlung selbst muß das Inventurprotocoll vom Inventarium unterschieden werden. Das erstere enthält eine erzählende Darstellung des ganzen Inventarisationsactes in protocollarischer Form, so daß die aufgefundenen Gegenstände in der Regel in derjenigen Reihefolge aufgeschrieben werden, in welcher sie, z. B. Zimmer für Zimmer, gerade aufgefunden werden, obgleich der gewandte Inventarisator schon bei dieser Gelegenheit die Gegenstände einigermaßen ordnen wird, um die nachfolgende Fertigung des förmlichen Inventariums zu erleichtern. Dieß nämlich enthält, nach einem zweckmäßigen Eingange über Veranlassung der Inventarisation, Ver- und Entsiegelung des Nachlasses und die Art der Inventarisation selbst, eine genaue Anzeige des Erbschaftsbestandes nach allen einzelnen Stücken unter verschiedenen Rubriken und Capiteln, und zwar wird gewöhnlich mit dem Activvermögen, insonderheit mit den außenstehenden Forderungen, nach Anleitung der vorhandenen Documente, Wirthschaftsbücher und anderen Nachrichten, in der Maße der Anfang gemacht, daß selbst die illiquiden mit kurzer Angabe der Notizen, aus denen sie entnommen sind, mit aufgeführt werden. Daß die Hauptstämme, der Zinsfuß und die rückständigen Zinsen mit aufzuführen sind, versteht sich von selbst. Hierauf folgen die Immobilien mit ihrem Kauf- oder Taxwerthe, rücksichtlich deren besonders Lehens-, Allodial-, Fideicommiß-, Colonats-, Erbzinsqualität u. s. w. zu bemerken ist. Auch müssen hier die res immobiles civiliter tales mit verzeichnet werden. Den Schluß der Activen machen die beweglichen Sachen, nach ihren Qualitäten, Maß, Gewicht, taxirtem Werthe, auch unter verschiedenen Rubriken und Capiteln aufgeführt. Im zweiten Theile des Inventars werden die Passiven, so weit man von ihnen hat Nachricht erhalten können, angegeben und beschrieben. Nicht immer, doch zuweilen schließen eine Bilance des Vermögens, so weit es in Zahlen auszudrücken ist, und die Erklärung, daß das Inventarium

übereinstimmend mit dem Inventurprotocolle gefertigt worden sei, das ganze Document[54]).

Zum Wirthschaftsinventar in der oben erwähnten Bedeutung gehören bei einem Landgute alle zur Einsammlung, Bearbeitung und Aufbewahrung der Früchte erforderlichen Geräthschaften, Vieh, Schiff und Geschirr[55]), bei einem Hause alle zur Benutzung dieses Hauses als solchen gehörigen Mobilien. Das zum Gebrauche der Gebäude selbst unumgänglich nöthige Inventarium nennt man das Haus- oder Klinkeninventarium und versteht darunter z. B. Schlösser, Schlüssel, Klinken, Oefen u. s. w. Bei einem größeren Gute pflegt das Wirthschaftsinventarium nach den verschiedenen Capiteln des sogen. Inventarienverzeichnisses, d. h. des Inventars in der gewöhnlichen Bedeutung (s. oben) unterschieden und beschrieben zu werden, z. B. außer dem gedachten Klinkeninventarium, das ohne Taxe und nähere Beschreibung nur zu künftiger Nachricht angegeben zu werden pflegt, das Feldinventarium, das Verzeichniß der einzelnen Grundstücke, sammt Beschreibung ihrer Lage, Gattung, Düngung, vorigen und jetzigen Frucht oder Bestellung, namentlich Quantität des ausgesäeten Samens; Teichinventarium, Beschreibung der einzelnen Teiche sammt Angabe des darin befindlichen Satzes seiner Qualität und Quantität nach; Garteninventarium, Beschreibung der einzelnen Gärten, mit Angabe der Zahl und verschiedenen Gattung der darin befindlichen Bäume, Orangerie, Pflanzen in Aeschen, Kübeln u. s. w.; Fruchtinventarium, Angabe der dem Uebernehmer zugemessenen Frucht, rücksichtlich deren bestimmt werden muß, ob bei dereinstiger Rückgabe die Restitution in Natur oder Geld, und in letzterem Falle, nach welchem Marktpreise sie geschehen soll; das Vorrathsinventarium, worunter man Heu, Stroh, Dünger u. s. w. versteht und wovon man, wenn dasselbe, wie z. B. Heu und Stroh, nach Bunden abgezählt werden kann, diese Angabe, oder wenn dieß, wie z. B. beim Dünger, nicht möglich ist oder vermieden werden soll, die Bezeichnung nach der Anfüllung des Behältnisses, worin sich die Gegenstände befinden, in das Inventar bringt: z. B. im Hofe Dünger von der Planke bis an die Heiste und dieser gleich hoch; das Inventarium an Schiff und Geschirr mit der Angabe bei jedem einzelnen Stücke, ob es neu, gut, brauchbar, oder schlecht ist und mit Angabe der werthvollsten Stücke, als Wagen, Pflüge, Eggen nach der Taxe; Viehinventarium,

---

54) Ueber Alles dieß vgl. Claproth, theoret.-practische Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen §. 129. (v. Trützschler) a. a. O. Th. 1, Hauptabth. 3, Hauptst. 4, §. 6 flg. Glück a. a. O. Bd. 30, §. 1330, S. 191. Das königl. sächs. Schema eines Inventars ist abgedruckt bei (v. Trützschler) a. a. O. Th. 1, S. 545, Th. 2, S. 452.

55) Die hauptsächlichsten Gesetze, aus denen die allgemeinen Principien darüber hervorgehen, sind L. 8. pr. L. 9. 12. §. 1. L. 16 u. 25. pr. D. de instructo vel instrum. leg. (33. 7.) Man vgl. übrigens: Glück a. a. O. §. 683, Note 72, S. 199 flg.

die Semoventien begreifend, einzeln beschrieben und mit der Taxe angegeben[56]).

Inwiefern die Inventarienstücke als Pertinenzstücke des Grundstückes anzusehen seien, dieß ist eine höchst schwierige, bis jetzt noch nicht entschieden gelöste Frage, rücksichtlich deren jedoch auf den künftigen Art. Pertinenzen verwiesen werden muß[57]). Davon und von dem Unterschiede, ob ein Inventarium aestimationis s. taxationis causâ, mit Vorbehalt des Eigenthumes, oder venditionis causa geschätzt worden ist, hängt auch die so sehr strittige Frage über Rückgabe des Inventars ab. Es richtet sich dieß allerdings auch nach Verschiedenheit der Geschäfte, um deretwillen die Uebergabe und Taxation geschah[58]). Was jedoch das Pachtgeschäft anlangt, so hat der Pachter, wenn bei der Uebergabe das Inventar blos taxationis causa, d. h. in der Absicht geschätzt wurde, um bei dereinstiger Rückgabe zu beurtheilen, ob die Gegenstände noch im Werthe der jetzigen Uebergabe sind, beim Abgange eben so viele Stücke in derselben Qualität, wie er erhalten, nicht den Geldwerth derselben zurückzugeben und für die abgenutzten oder untergegangenen einzelnen Stücke andere von gleicher Qualität anzuschaffen, deren Eigenthümer er bis zur Uebergabe bleibt, während der Verpachter das Eigenthum am Inventar im Ganzen behält, sonach ihn auch die Gefahr am Ganzen trifft. Bei der Uebergabe venditionis causa wird der Pachter wirklicher Eigenthümer des Inventars und trägt daher auch den sämmtlichen, durch Zufall oder Schuld entstehenden Schaden[59]).

Buddeus.

Irrthum und Unwissenheit (error et ignorantia iuris [vel facti][1])). Das Nichtwissen oder Falschwissen eines Rechts- oder Sach-

---

56) (v. Trützschler) a. a. O. Th. 2, Hauptabth. 4, Hauptst. 7, §. 20 flg. — De instrumento praedii rustici in K. A. Weiske, nachstehend allegirt, Nr. 2, p. 14.

57) Vorläufig mag die Anführung folgender Schriften genügen: Klein, Annalen der Gesetzgebung Th. 6, S. 279. K. A. Weiske, quaestiones iuris qu. II. p. 14. Glück a. a. O. Th. 16, §. 983, S. 101. Göschen a. a. O. §. 499, S. 850. Der Verf. dieses Art. in der Ersch-Gruber'schen Encyklopädie Sect. III. Bd. 18, S. 111 flg., u. d. W. Pertinenzen.

58) J. W. Bauer, de obligatione coloni in restituendo inventario, in respons. T. II. resp. 97. p. 250. Scholz III., inwiefern ist der Interimswirth verbunden, den Ausfall des nach einer Schätzung empfangenen Inventars zu ersetzen u. s. w., in dessen Zeitschrift für Landwirthschaftsrecht Bd. 2, Hft. 1, Nr. V, S. 70 flg.

59) Glück a. a. O. Th. 17, §. 1059, S. 489. Nettelbladt, Rechtssprüche des Oberappellationsgerichtes zu Parchim Bd. I, Nr. 4, S. 19: Ob bei einem Gutsinventarium das vorbehaltene Eigenthum die an die Stelle des Abganges eingeschossenen Stücke ergreift? v. Duve, Zeitschrift für Gesetzgebung u. s. w. Bd. 1, Hft. 2, S. 111: Inwiefern begreift das bei einem Gutsinventar vorbehaltene Eigenthum die, an die Stelle des Abganges hinzugekommenen Stücke in sich? Scholz III., über die Rechte des Pachters an den geschätzten Inventarien des Landhaushaltes u. s. w., in Reyscher und Wilda, Zeitschr. für teutsches Recht Bd. 3, Hft. 1, S. 149.

1) Tit. Dig. (22. 6.) und Cod. de iuris et facti ignorantia. (1. 18.)

verhältnisses' kann unter so verschiedenen Beziehungen vorkommen, daß ein oberster Grundsatz für die Folgen desselben nicht aufzustellen ist. Im allgemeinen können von der näheren Untersuchung der hierin geltenden Rechtssätze

A. folgende Fälle abgesondert werden, in denen der Irrthum (oder die Rechtsunkunde) theils nie, theils stets berücksichtigt wird.

Ohne allen Einfluß bleibt das Nicht- oder Falschwissen des Handelnden 1) auf die Ungiltigkeit formloser Geschäfte oder rechtswidriger Verfügungen, z. B. das Eingehen einer Ehe gegen ein dirimirendes Ehehinderniß[2]), die Nichtbeobachtung der gesetzlichen Testamentsform. Handlungen dieser Art, welche gegen eine lex cogens anstoßen, bleiben, auch wenn der Irrthum des Handelnden sonst entschuldbar wäre, nichtig. — 2) Eben so werden die rechtlichen Folgen gewisser Handlungen durch einen Irrthum des Handelnden nicht geändert oder aufgehoben in Fällen, wo die Gesetze dieß, sei es zur Strafe der Uebereilung oder Unvorsichtigkeit, sei es in der Voraussetzung einer stillschweigenden Einwilligung, ausdrücklich vorschreiben. Dieß tritt ein bei rechtskräftigem Erkenntnisse, abgeleistetem Eide oder gerichtlichem Geständnisse[3]); ferner bei der Erfüllung einer Verbindlichkeit, gegen welche nur ein Retentionsrecht oder eine Einrede gegeben war[4]); bei den Fällen des gesetzlichen Pfandrechtes, denen eigene Handlungen des Verpflichteten zu Grunde liegen[5]), endlich, jedoch mit Ausschluß der Minderjährigen und Soldaten, bei Antretung einer überschuldeten Erbmasse. — 3) In einem Falle ist die Nichtbeachtung des Irrthumes aus einem legislativpolitischen Grunde als Regel vorgeschrieben: bei dem Verluste eines Rechtes durch Verjährung, wobei allerdings die Berücksichtigung des Irrthumes den Zweck der Verjährung vereiteln würde. Doch wird auch hier bisweilen insofern eine Ausnahme gemacht, als die Verjährungszeit nur utiliter berechnet wird[6]). — 4) Endlich machen die Gesetze auch in gewissen Fällen die Verpflichtung einer Person abhängig von dem Eintritte gewisser äußerer Umstände, wogegen ein Nicht- oder Falschwissen des Verpflichteten nicht schützt. Es sind dieß theils die Noxalklagen, die actio de effusis et deiectis gegen die Hausbewohner, die actio de recepto gegen Gastwirthe u. s. w., theils die Fälle, ubi ex re venit obligatio und die Verbindlichkeiten aus einer an sich erlaubten Geschäftsführung Anderer[7]).

Donelli Comm. iur. civ. I. 18 sq. — Mühlenbruch, über iuris und facti ignorantia und deren Einfluß auf Rechtsverhältnisse, im civilist. Archive Bd. 2, S. 361 flg. — Herrmann, von den Wirkungen des Irrthums. Wetzlar 1811. 8.

2) Const. 1. C. de interd. matr.

3) L. 56. D. de re indic.

4) L. 19. pr. D. de cond. indeb. L. 59. 64. — Die einzelnen Fälle führt an Mühlenbruch a. a. O. S. 369, Note 23.

5) L. 4. D. in quibus causis pign. tac. contr.

6) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 366.

7) L. 1. §. 4. 7. 10. D. de his qui effuderunt vel deiecerunt. L. 3. §. 4. L. 5. §. 1.

Dagegen ist der Irrthum stets zu beachten, wenn es bei einem Acte auf freie Zustimmung der Person ankommt und diese, wegen eines Irrthumes in der Person, in wesentlichen Punkten nicht vorhanden ist[8]).

B. Abgesehen von den vorstehend aufgeführten Fällen wird eine Unterscheidung zwischen error iuris und error facti oder, allgemeiner aufgefaßt, zwischen dem Nichtkennen oder Falschverstehen eines Rechtssatzes und dem Nicht- oder Falschwissen eines Sachverhältnisses nöthig. Das letztere kann unter weit mannigfacheren Formen als das erstere stattfinden; dagegen sind die hinsichtlich des error facti geltenden Rechtsregeln einfacher und unbestrittener als die den error iuris betreffenden. Regula est, sagt Paullus[9]), iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere. Diese Regel wird nun, was den factischen Irrthum anlangt, durch die Distinction zwischen error facti proprii und alieni einigermaßen modificirt. Der Irrthum in Bezug auf fremde Handlungen und Verhältnisse ist nur dann unentschuldbar, wenn er auf einer nachweisbaren summa negligentia beruht[10]); der Irrthum in Bezug auf eigene Handlungen ist nur dann entschuldbar, wenn in Folge desselben ein indebitum gezahlt worden ist (so daß dann das Gezahlte zurückgefordert werden kann)[11]), oder wenn besondere Gründe der Entschuldigung vom Irrenden nachgewiesen werden können[12]).

Für den Rechtsirrthum enthalten die Gesetze mehrere weitere Bestimmungen, durch welche die als Regel geltende Unentschuldbarkeit desselben modificirt wird. Diese Bestimmungen weisen auf einen Unterschied zwischen den Fällen hin, wo aus Rechtsirrthum entweder ein positiver Vermögensverlust eintrat, oder nur die Erwerbung eines Vortheiles unterlassen wurde, oder erst ein Vermögensverlust in Aussicht steht. In dem ersten dieser Fälle wird dem Irrenden nur dann geholfen, wenn er nachweisen kann, daß er unter den vorliegenden Umständen den Irrthum wegen Mangels an Rechtsbelehrung nicht vermeiden konnte[13]). Der wichtigste unter diesen Fall gehörige Punkt kommt bei der condictio indebiti vor, und die Ansichten der Rechtslehrer weichen hierin von einander ab. Während die älteren die Unzulässigkeit der cond. indebiti für die Regel behaupten, bestreiten dieß mehrere neuere, namentlich Mühlenbruch[14]) und Vangerow[15]). Es scheint aber, daß aus den von den letzteren

---

8) L. 15. D. de iurisdict. L. 2. pr. D. de iudiciis.

9) L. 9. pr. D. de iuris et facti ignorantia. (22. 6.) Die ratio legis ist in L. 2. u. L. 9. §. 5. eod. nach beiden Seiten hin angegeben.

10) L. 3. pr. L. 6. D. h. t. L. 29. pr. mandati vel contra. (17. 1.) L. 19. in fin. de novationibus. (46. 2.)

11) L. 22. pr. L. 32. §. 1—3. L. 14. D. de cond. indeb. (12. 6.) Vgl. L. 206. D. de R. J. (50. 17.)

12) L. 7. D. ad SC. Vell. (16. 1.) und L. 2. L. 6. L. 9. §. 2. h. t.

13) L. 9. §. 3. 5. D. h. t.

14) A. a. D. S. 419 flg.

15) Leitfaden für Pandektenvorlesungen, 2. Aufl., Bd. 1, S. 102.

angeführten Stellen[16]) nur so viel gefolgert werden könne, daß die Zurückforderung des indebite Gezahlten in der Regel zulässig sein solle; eine Regel, welcher als Ausnahme der in anderen Stellen bestimmt ausgesprochene Grundsatz gegenüber steht, daß das aus Rechtsirrthum indebite Gezahlte nicht zurückgefordert werden könne[17]). Dagegen ist die Einschränkung anzuerkennen, daß die Zurückforderung auch hier statt hat, wenn der Empfänger in mala fide war, ferner Seiten irrender Soldaten oder solcher, denen wegen Mangel an allen Kenntnissen oder wegen Schwachsinn die Gesetze eine schützende Ausnahme hierin gestatten[18]). Noch privilegirter sind die Frauen, welche sowohl bei der Zahlung des indebitum, als bei unterlassener Forderung von Cautionen der Rechtsirrthum entschuldigt[19]), und die Minderjährigen[20]).

In Fällen der zweiten Gattung — unterlassene Erwerbung eines Vortheiles — wird der Rechtsirrthum nicht geschützt, auch wenn er sonst entschuldbar sein sollte[21]). Eine allgemeine Ausnahme hiervon ist nur bei Versäumniß der Frist zur Antretung einer bonorum possessio, wenn sie aus einem entschuldbaren Rechtsirrthume herrührt; ein besonderes Privilegium genießen die Minderjährigen auch hier, und die Soldaten in einigen Fällen der Fristenversäumniß[22]).

Das entgegengesetzte Verhältniß findet bei den Fällen der dritten Gattung statt. Wenn der aus dem Rechtsirrthume hervorgehende Vermögensverlust erst künftig eintreten soll, so schadet der Irrthum dem Irrenden nicht[23]).

C. Während die bisher dargestellten Rechtsgrundsätze sich im wesentlichen nur auf Irrthum bei Willensäußerungen einer einzigen Person beziehen, stellt das römische Recht noch besondere und zum Theil abweichende Sätze in Betreff des bei der Willensvereinigung mehrerer Personen im Vertrage vorkommenden Irrthumes. Der Hauptunterschied, wornach die Folgen eines solchen Irrthumes zu beurtheilen sind, liegt weniger in der Einseitigkeit oder Beiderseitigkeit des Irrthumes, worin ihn z. B. Thibaut noch findet, als darin, ob der Irrthum wesentlich (im technisch-juristischen Sinne) sei oder nicht. Wenn zur Unterstützung der ersteren Ansicht auf die eigenthümlichen rechtlichen Wirkungen beim einseitigen Irrthume hingewiesen wird, so ist dagegen zu bemerken, daß diese Wirkungen sich richtiger daraus erklären lassen, daß beim einseitigen

---

16) L. 7. D. h. t. L. 38. L. 54. L. 66. D. de cond. indeb. (12. 6.) L. 20. pr. D. de famil. ercisc. (10. 2.)
17) L. 10. C. h. t. Const. 9. ad leg. Falcid. (6. 50.) L. 9. §. 5. D. h. t.
18) L. 25. §. 1. D. de probatt. (22. 3.)
19) Const. 13. C. h. t.
20) L. 6. 7. D. de minorr. (4. 4.) L. 25. §. 1. D. de probatt. (22. 3.)
21) L. 4. 7. 8. D. h. t. Const. 2—4. C. h. t.
22) L. 7. §. 6. D. de minoribus. (4. 4.) L. 9. pr. h. t. Const. 1. 11. C. h. t. Const. 8. qui admitt. ad B. P. (6. 9.)
23) L. 7. 8. D. h. t. L. 25. §. 6. D. de hered. petit. (5. 3.) L. 1. pr. ut in possess. (36. 4.)

Irrthume der andere Theil in dolo sich befindet und daher dem Irrenden gegen ihn doppelte Rechtsmittel zu Gebote stehen.

Zur Begriffsbestimmung des **wesentlichen** Irrthumes finden wir in den Gesetzen folgende Anhaltpunkte:

1) ein Irrthum, der die Identität der Person betrifft, vorausgesetzt, daß es dem irrenden Contrahenten nicht gleichgiltig war, mit wem er contrahirte[24]).

2) Mangel an Uebereinstimmung über die Art des Vertrages, also ein Irrthum hinsichtlich des Rechtsgeschäftes[25]).

3) ein Irrthum in Betreff des Eigenthumes an dem Gegenstande des Vertrages: also wenn Jemand sich seine eigenen Sachen versprechen läßt, weil er sie für fremde hält, oder wenn er sie im Namen eines dritten Jemandem verspricht, weil er glaubt, sie gehören diesem dritten[26]).

4) Ein Irrthum im Objecte selbst, und zwar in Betreff der Identität[27]) oder des Geschlechtes[28]) oder der Substanz, wenn nämlich die gewährte Sache von der versprochenen Substanz gar nichts enthält oder z. B. nur von derselben überzogen ist[29]), oder endlich in dem Falle, wenn zur Zeit des Abschlusses des Vertrages die Sache gar nicht mehr oder doch nicht einmal zur Hälfte existirt[30]); doch gilt der Vertrag, wenn der eine Theil diese Unvollkommenheit kannte und wenigstens etwas noch existirt. Eine Ausnahme von den hier sub 4. aufgeführten Fällen tritt bei Schenkungen ein, wo dann der Irrthum unwesentlich ist[31]). Endlich gehört noch der Fall eines wesentlichen Irrthumes hierher, wenn demjenigen, welchem für eine Sache ein Preis gegeben werden soll, weniger versprochen war, als er zu hören glaubte[32]).

Für den Begriff des **außerwesentlichen** Irrthumes geben die Gesetze als nähere Bestimmungen an:

1) wenn der Irrthum in den Beweggründen liegt[33]), es sei denn, daß der eine Contrahent diese Beweggründe ausdrücklich zu Bedingungen des Vertrages gemacht hätte, oder daß er sich irrig **rechtlich** für verpflichtet hielt, das Rechtsgeschäft einzugehen. Im ersteren Falle treten die Grundsätze von den conditiones deficientes ein, im letzteren Falle wird wenigstens die condictio indebiti gegeben.

---

24) L. 32. D. de rebus creditis. (12. 1.)

25) L. 18. pr. §. 1. D. eod. L. 19. pr. D. de contr. emt. (18. 1.)

26) L. 34. §. 4. D. de contr. emt. (18. 1.) L. 45. pr. D. de R. J. (50. 17.) L. 35. de acquir. rer. dom. (41. 1.)

27) L. 34. pr. D. de acquir. vel amitt. poss. (41. 2.) L. 9. pr. L. 57. de contr. emt. (28. 1.)

28) L. 11. §. 1. D. de contr. emt. (18. 1.)

29) L. 41. §. 1. D. l. c.

30) L. 57. pr. D. l. c.

31) L. 1. §. 2. D. de pign. act. (13. 7.) L. 22. D. de V. O. (45. 1.)

32) L. 52. D. locati. (19. 2.)

33) L. 52. 65. §. 2. D. de cond. indeb. (12. 6.) Const. 7. C. de cond. ob caus. dator. (4. 6.) Aeltere Rechtslehrer bestritten dieß.

2) Wenn der Natur des Contractes nach die Eigenschaft einzelner Sachen gar nicht in Betracht kommen kann[34]).

Die Wirkungen des wesentlichen Irrthumes sind Nichtigkeit des Vertrages; das aus Irrthum bereits Geleistete kann zurückgefordert werden, und wenn der andere Contrahent den Irrthum des Gegners kannte, so kann dieser gegen jenen ex capite doli klagen. Der außerwesentliche Irrthum hat an sich keine nachtheiligen Folgen in Bezug auf das Rechtsgeschäft: doch können hier wegen gewisser physischer oder rechtlicher Fehler der Sache, ingleichen wenn ein Irrthum im Werthe des Vertragsgegenstandes stattfand, die bekannten Rechtsmittel wegen praestatio evictionis, laesio enormis u. s. w. Platz ergreifen.

D. Im Strafrechte ist zwischen Rechtsirrthum und factischem Irrthume durchgängig zu unterscheiden. Bei diesem gilt als Regel nach römischem Rechte (das auch im gemeinen teutschen Strafrechte hier die Norm gibt), daß er nicht entschuldbar sei, da jeder Bürger die Verpflichtung habe, sich Kenntniß der Strafgesetze zu verschaffen[35]). Ausnahmen von diesem Grundsatze treten ein 1) bei Polizeigesetzen sowohl wenn die Unmöglichkeit der Gesetzkenntniß, und zwar hinsichtlich einer nicht an sich rechtsverletzenden Handlung, vorliegt oder wenn ausdrücklich wissentliche Uebertretung dieses Gesetzes gefordert wird[36]). 2) Hinsichtlich der Frauen, der Minderjährigen und der rustici bei einigen Polizeivergehen des römischen Rechtes[37]). 3) Wenn der Rechtsirrthum sich nicht auf die Strafbarkeit der Handlung, sondern auf einen anderen Punkt bezieht, dessen Berücksichtigung zum Thatbestande des Verbrechens gehört, was namentlich bei privatrechtlichen Sätzen der Fall sein kann[38]). — *Die neueren teutschen Gesetzgebungen* pflegen mit wenigen Ausnahmen *die Entschuldbarkeit* des Rechtsirrthumes auszuschließen.

Was den factischen Irrthum und zwar *speciell den Irrthum im Objecte* anlangt[39]), so sind in neuerer Zeit sehr *abweichende* Ansichten unter den Juristen aufgestellt worden. Namentlich trennt Pfotenhauer den Irrthum von der aberratio; unter jenem versteht er den Fall, wenn die Identität des ursprünglich gewollten und des nachher durch

34) L. 62. §. 2. D. de contr. emt. (18. 1.) L. 33. pr. D. de aedil. edicto. (21. 1.) L. 15. §. 3. D. de dolo malo. (4. 3.)

35) Const. 12. C. de iuris et facti igner. Const. 9. C. de legibus. Nov. 66. c. 1.

36) L. 9. §. 3. D. h. t. L. 3. §. 22. D. de SC. Silaniano. (29. 5.)

37) Die einzelnen Gesetzstellen s. bei Wächter, Lehrbuch Th. I, S. 121. Vgl. neues Archiv des Criminalrechtes Bd. 12, S. 264 flg.

38) L. 36. §. 1. L. 3. D. de usurpatt. (41. 3.) L. 25. §. 6. D. de her. pet. (5. 3.)

39) Die Literatur hierüber ist in neuerer Zeit reichhaltiger geworden. S. vorz. Geib's Aufsätze über den Einfluß des Irrthums in Bezug auf das Object im Strafrechte, im neuen Archive des Criminalrechtes Jahrg. 1837 und 1838, und die Schriften von Pfotenhauer: der Einfluß des factischen Irrthums auf die Strafbarkeit versuchter Verbrechen. Leipzig 1838; der Einfluß des Irrthums und der sogen. Verirrung auf die Strafbarkeit vollendeter Verbrechen. Ebend. 1839. 8.

die That verletzten Objectes in Folge einer Verwechselung Seiten des Handelnden aufgehoben wird, unter der aberratio hingegen, wenn diese Aufhebung aus äußerlichen, von dem Wissen und Wollen des Handelnden ganz unabhängigen und insofern mehr zufälligen Ursachen herrührt. Die Ansicht der gemeinrechtlichen Praktiker geht der Mehrzahl nach dahin, daß in beiden Fällen Einflußlosigkeit anzunehmen sei; nur Einige wollen im zweiten Falle eine mildere Beurtheilung[40]) eintreten lassen[41]). Die erstere Ansicht[42]) ist auch die des französischen und englischen Rechtes, so wie sie mit Modificationen auch in den neueren Strafgesetzgebungen Teutschlands Platz ergreift. Es wird namentlich von dieser Regel ausgeschlossen werden müssen der Fall, wo die Nichtidentität des beabsichtigten und des verletzten Objectes ein schwereres Verbrechen begründet[43]).

r.

Juden (jüdisches Gemeindewesen, jüdisches Recht, Judenschutz, Emancipation der Juden).

I. Der Name Juden (Jehudim, Ἰουδαῖοι) kommt, obgleich er von dem des Juda, des bedeutendsten unter den zwölf israelitischen Stämmen, seinen Ursprung herleitet, doch in dieser Fassung erst nach dem ersten babylonischen Exil vor, und es ist wohl zu vermuthen, daß unter den damals in den westasiatischen Reichen zerstreut lebenden und daher auch unter den heutigen Juden ein großer Theil den früher schon in Gefangenschaft abgeführten oder im nördlichen Palästina gebliebenen 10 Stämmen angehört. Ohne diese Annahme würde theils die ungeheuere Vermehrung des einen Stammes (Benjamin war ohnehin nicht zahlreich), theils das gänzliche Verschwinden der Letztgenannten zu sehr auffallen. Man hat zwar seit dem vorigen Jahrhunderte an der Küste von Malabar, in China und an der Ostküste Afrika's, in Abyssinien zumal Reste jener 10 Stämme finden wollen. Indeß sind diese Entdeckungen sehr schwankend, und die Zahl der Vorgefundenen ist jedenfalls zu klein, als daß man in Betracht der starken Bevölkerung des früheren israelitischen Staates damit sich zufrieden geben könnte.

So viel ist indeß in Gewißheit gesetzt, daß 536 v. Chr. unter Cyrus ein Theil der in Persien wohnhaften Juden nach Palästina zurückgekehrt ist und unter dem Fürsten (Nassi) und Statthalter Serubabel einen, zuerst unter persischer Oberhoheit stehenden, jüdischen Staat gründeten, welcher durch spätere fortgesetzte jüdische Einwanderungen an Bevölkerung gewann, namentlich aber seit Esra's Ankunft (480 oder 458[1])) von größerer Bedeutung wurde und unter Nehemia's Statthalterschaft (um 444) an Consistenz zunahm, indem seine Verfassung

40) Nach L. 4. D. 47. 10.

41) Für durchgängige Milderung sind Zachariä und Luden (in ihren Schriften vom Versuche), so wie Geib a. a. O.

42) Welche auch Mittermaier in Schutz nimmt, zu Feuerbach, Note I. zu §. 57.

43) S. die von Mittermaier a. a. O. angeführten Gesetzgebungen.

1) Bertheau, zur Geschichte der Israeliten, zwei Abhandlungen, S. 398.

hergestellt, seine Städte befestigt und seine Cultur ausgebildet wurden. Recht und Gesetz und, theils zum Schutze beider, theils zur geistigen Erhebung einen als Gegenstand der Anbetung ein einziges ewiges Wesen an die Spitze stellenden Cultus zu begründen, war dieser Männer Bestreben.

Innere Zerwürfnisse, äußere weltgeschichtliche Ereignisse, die mächtigen Nachbarstaaten und das wechselnde Schutzverhältniß zuerst zu Persien, von 331 hinab zu Griechenland, von Seleucus an — mit Ausnahme der 98 Jahre, während welcher es sich unter ägyptischer Oberherrschaft seit der Eroberung Jerusalems durch Ptolemäus Lagi an, befand — zu den syrischen Königen führten Zwist, Krieg, Noth, im allgemeinen Störung des einfachen Volkslebens und Sittenverderbniß herbei. Noch einmal zwar flammte die Nationalbegeisterung auf, der Freiheitskampf der Maccabäer von 167 v. Chr. an, eine Epoche, die zu den herrlichsten Zeiten des jüdischen Volkes gezählt werden darf und der eine Anzahl köstlicher Psalmen angehört, stellte sogar, nachdem der syrische Schutzherr, Antiochus Epiphanes, den Tempel geschändet und Götzendienst hatte aufdrängen wollen, 143 die Souveränetät des Staates wieder her. Aber der Freiheitsrausch war von kurzer Dauer. Parteizwiste und Anfeindungen, welche stets freiwillige oder erbetene Einmischung von außen hervorriefen, griechische, später römische Sitten und Luxus, endlich die Intriguen und die Herrschsucht der Hohenpriester vor allen, welche die höchste Staatsgewalt so oft für sich in Anspruch nahmen, bis es ihnen wirklich gelang, auf solche Weise die Verfassung zu erschüttern, brachten das Staatsgebäude trotz der noch unauslöschlichen Nationalliebe zum Wanken. So ward es möglich gemacht, daß die königliche Gewalt, welche bei den Nachfolgern der Maccabäer sich gehalten hatte, von den Römern im J. 54 abgeschafft werden konnte, daß Crassus und Cassius den Tempelschatz raubten und Tausende von Juden zu Gefangenen machten und daß, obgleich Julius Cäsar eigene Verfassung, Religion und Gesetzgebung den Juden in Palästina zugestand, ein H[illegible] wüthen mochte, und, nachdem die Römer einmal ihre Herrschaft un[illegible]n mächtigen Einfluß im Staate befestigt hatten, auch trotz eines, in der Geschichte seines Gleichen suchenden Freiheitskampfes, Jerusalem nebst dem Tempel von Titus zerstört und der bisherigen theilweisen Unabhängigkeit der Juden förmlich im J. 70 nach Christus ein Ende gemacht wurde. Das Exil begann, wie früher freiwillig, jetzt gezwungen. Denn schon vor der Zerstörung des Tempels findet man in den meisten römischen Provinzen, namentlich in Kleinasien und Rom, eine große Zahl von Juden.

Beschränkt und in den meisten Staaten in unseren Tagen auf ihren richtigen Begriff zurückgeführt ist die jüdische *Gemeindeverfassung*, praktisch giltig erscheint das jüdische *Privatrecht*, welches hier und da noch in einem großen Umfange, größtentheils aber nur in Bezug auf die Ehe anwendbar ist.

Die *Gemeinde- und Kirchenverfassung* ist heutzutage eine um so einfachere, als beide in der Hauptsache ein Ganzes bilden, die erstere meist nur der zweiten halber vorhanden ist, und größtentheils jede

Gemeinde für sich besteht, ohne von einer anderen selbst in religiöser Beziehung abhängig zu sein. Eine ausreichende Geschichte derselben würde Interesse gewähren und vor allem das Dunkel aufhellen, welches in dieser Beziehung oft in der Geschichte der europäischen Juden nach dem Exil bis auf die neuere Zeit herrscht. Größeres Licht ist über den Zustand eines großen Theiles der morgenländischen Gemeinden bis ins 11. Jahrhundert verbreitet. In Palästina dauerte zuvörderst das Institut des Patriarchates, wie es früher bestanden hatte, auch nach der Zerstörung des Tempels fort, und dessen Inhaber (Nassi) vereinigte durch den Umstand, daß schon zur Zeit des jüdischen Staates mit den außerordentlich zahlreichen, namentlich größeren Synagogen Unterrichtssäle, Gelehrten- und Rechtsschulen verbunden waren, mit der Oberkirchen- auch eine oberstrichterliche und Regierungsgewalt, so daß im allgemeinen für jene Gegenden, wollte man mit der neueren Sprache reden, ein Staat im Staate noch mehrere Jahrhunderte hindurch angenommen werden kann. Der seiner königlichen Abkunft nach schon mit gewaltigem Ansehen bekleidete Rabbi Gamaliel ward als Fürst der Gemeinden inner- und außerhalb des heiligen Landes in seiner Eigenschaft als Vorstand und vortragender Rabbi in der Synagoge angesehen, und daß man auch in Rechtssachen seiner Autorität sich gern unterwarf, war um so natürlicher, als die Juden allenthalben in jener Zeit den Begriff einer staatlichen Einheit nicht gern aufgeben mochten. Daß indeß eine gleichfalls aus Rabbinen gewählte Behörde seine Macht beschränkte, scheint gewiß. Auch ein Synedrium von 71 Personen ward von ihm nach dem Vorbilde des früheren für höchste Entscheidungen in geistlichen sowohl als weltlichen Dingen eingesetzt [2]). Durch Hadrian's Verwüstungen in Palästina, welcher auf den letzten Trümmern Jerusalems die Aelia Capitolina erbaute und Verbote gegen den jüdischen Glauben erließ, löste sich zwar das palästinensische Patriarchat auf; doch bildeten die nach dem Norden Geflüchteten neue, bald blühende Gemeinden zu Sephuris und Tiberias und wiederum ward zu Jamnia eine hohe Schule, Patriarchat und eine Art von Synedrium errichtet [3]), deren Sitz und Glanz jedoch gegen das Ende des 2. Jahrhunderts nach Tiberias überging. Die Patriarchen gediehen zu großem Ansehen, durch ihre Einkünfte zu großem Reichthum und scheueten sich oft nicht vor Hintansetzung römischer Gesetze, daher ihr Amt von Theodos beschränkt worden ist [4]). Bald darauf hörte es, aus Ohnmacht, inneren Zwistigkeiten oder Mangel an würdigen Nachfolgern gänzlich auf. — Indeß hatten in Babylonien die Schulen sich im 2. und 3. Jahrhundert gehoben und ein Oberhaupt (Resch-Gelutha, Haupt des Exiles) in Nahardea sich gesetzt, welches seine Autorität oft bis zur Despotie steigerte, und unter der persischen Herrschaft dieselbe, sowie dieß überhaupt von dem Wohlbehagen der Juden unter diesem Scepter der Fall war, behielt. Im 6. Jahrhundert finden wir die Häupter der

---

2) Jost, Geschichte der Israeliten Th. 3, S. 192 flg.
3) Jost a. a. O. Th. 4, S. 27, 29.
4) L. 8. L: IV. T. XXIII. Cod. Theod.

gelehrten Schulen zu Sura und Pumbeditha ihm zur Seite (Resch-Meschibta's)[5]). Die Mohammedaner ließen nach ihren Eroberungen diese Verfassung unverrückt, der zufolge den genannten Schulhäuptern die gesetzgebende, dem Resch-Geluthа die vollziehende Gewalt übertragen war[6]).

Die letzten Spuren des Synedriums zu Tiberias finden sich schon ums Jahr 500. Die Schule zu Sura endete 927, die zu Pumbeditha 1037; mit der letzten erlosch zugleich das Patriarchat, nachdem der Chalif Abdallah Kaim Beamrillah den letzten Resch-Geluthа hatte hinrichten lassen[7]), und von jetzt an ist von einer gemeinschaftlichen Verfassung der Juden selbst im Morgenlande nicht mehr die Rede.

Die Gemeinden in den abendländischen Reichen hatten eine solche wohl nie gekannt. Sie waren und blieben vereinzelt, ihre Synagoge als Mittelpunkt betrachtend. Daß ein Rabbiner oder Talmudgelehrter einer solchen in der Regel vorstand, ist mehr als wahrscheinlich, so wie auch, daß frühzeitig die Gemeinden ihre Vorsteher wählten. Die Synagoge aber hatte bis auf die neueste Zeit die dreifache Bedeutung eines gottesdienstlichen, Gemeinde- und Lehrhauses. Wo es die Kräfte der Gemeinde zuließen und wo namentlich, wie in der ältesten Zeit, eigens gebaute Synagogen waren, da bildeten die Gemeinde- und Talmudstube (Beth-Hamidrasch) besondere Locale; konnte dieß aber nicht geschehen, so diente das Betzimmer auch zu diesen Zwecken wenigstens in der Hauptsache. Kein Wunder auch, da die Synagoge der einzige Zufluchtsort oder doch — wenn die Verfolgungen selbst diesen nicht kannten — der Sitz des Trostes und der Erhebung zu Gott blieb, und jedenfalls immer das Mittel die Gemeinde zu versammeln, was außerhalb derselben oft nie geschehen durfte. Daher der bis in das jetzige Jahrhundert fortgesetzte Gebrauch, talmudische Dissertationen im Bethause zu halten und Gemeindeplacate an die Synagoge zu heften, auch wohl dergleichen Bekanntmachungen darin vorzutragen.

Die Verfassung der jüdischen Gemeindeverwaltung ist in der neueren und neuesten Zeit, in Teutschland namentlich, durch Staatsgesetze und Verordnungen großentheils geregelt worden. Aber auch wo dieß nicht der Fall ist, werden wohl selten — wie in vielen Gegenden Rußlands und Polens und überhaupt da, wo das jüdische Recht seinem größten Umfange nach noch gilt — die Bestimmungen des letzteren über Gemeindewesen zur Anwendung kommen; obwohl dieselben in früheren Zeiten, wie eine gewisse Gleichförmigkeit hierin zeigt, die Norm hierzu bildeten. Vielmehr werden diese Angelegenheiten durch Statuten, deren viele sich aus frühen Perioden finden, oder durch den Gebrauch geordnet.

Vorsteher oder Aelteste (Parnassim — Pfleger — Tube — Vorzügliche), in der Zahl von 7, 21 u. s. f., auch 3 in kleineren Gemeinden, welche aber, schon nach jüdischem Rechte, bei wichtigen Angelegenheiten, sämmt-

---

5) Jost a. a. O. Th. 5, S. 284.
6) Jost a. a. O. Th. 6, S. 28.
7) Jost a. a. O. S. 100.

he selbstständige Gemeindeglieder, oder in großen Gemeinden einen aus nselben gewählten Ausschuß berufen, auch durch einen solchen im Rechngswesen controlirt werden, stehen an der Spitze der Gemeinde. Sie erden größtentheils auf Zeit von der letzteren gewählt, auch wohl hie ad da von den öffentlichen Behörden ernannt. Aeußerst selten erhalten : von den Gemeinden — vom Staate nirgend — eine Besoldung, wie Prag noch heutzutage. Gewöhnlich vereinigen sie zugleich hiermit die ufsicht über die Ordnung in der Synagoge, wiewohl dieses Amt zuwein von ihnen Anderen übertragen wird, oft auch, namentlich in Famim- oder Stiftungssynagogen, ihnen gar nicht zusteht. Jedenfalls aber hört ihnen die Verwaltung der Einkünfte und Ausgaben der Gemeinde, ach die zweckmäßige Erhebung derjenigen Steuern, welche die Erhaltung es Cultus, die öffentliche Erziehung und der Ritus erfordert. Zu dem ersteren ehört die Besoldung des Rabbiners — welche gewöhnlich auch da, wo er Staat sich derselben unterzogen hat, eines Zuschusses Seiten der Geeinde benöthigt ist — und der Synagogenaufwand; bei der zweiten ist die rhaltung der Gemeindeschulen zu erwähnen, welche in Teutschland größtenheils in gutem Zustande sind und zum Theil zu den ausgezeichnetsten lementaranstalten gerechnet werden (außerordentliche Anstalten, wie das Jacobson'sche Institut zu Seesen und das auf der Gymnasialhöhe stehende üdische Seminar zu Berlin gehören nicht in diesen Bereich). Wünschensverth wäre indeß die Nachahmung des Beispieles, welches das Kurfürtenthum Hessen in diesem Jahre durch die Einrichtung gegeben hat, daß ur zu gewissen Stunden des Tages die Kinder verschiedener Confessionen um ihre respectiven von Staatswegen geprüften und angestellten Religionsehrer sich vereinen, während, von diesem Unterrichte abgesehen, die Glauensparteien, also auch die jüdische, keinen Unterschied in ihren Schulen ennen. Von diesem gemeinsamen Unterrichte ist vorzüglich das Fallen er eingebildeten Scheidewand der Glaubensparteien zu erwarten, des Haupthindernisses, welches der bürgerlichen Gleichstellung entgegensteht, a theils die oft leider mit der Muttermilch eingesogenen und in der Schule hier und da noch gepflegten Vorurtheile hierdurch im Keime ericket werden, theils durch den gegenseitigen Umgang gar nicht aufkommen önnen. Der Ritus endlich zählt ausschließlich als Angestellte die Schächer und die bei Ausstellung von Verlobungs-, Ehepacten, Scheidebriefen und ähnlichen Urkunden nöthigen Schreiber und Zeugen, sogen. Beglaubte (Neemanim), welche letztere auch großentheils als solche bei Eidesleistungen in den Gerichten fungiren. Sie müssen einen unbefleckten Lebenswandel geführt haben und die ersten, was auch auf die letzteen zum Theil sich erstrecken sollte, vom Rabbiner geprüft sein. In kleineren Gemeinden ist das Amt des Vorsängers mit dem des Schächters und Beglaubten vereinigt, ja oft auch damit das Rabbinat selbst, — was freilich nur bei dem Mangel der Einkünfte der Fall sein sollte, weil eine solche Vereinigung, namentlich des Schächters, der Würde des Rabbiners unmöglich entspricht.

Die Aufsicht über die inneren Gesetze des Gottesdienstes und des Ritus steht dem Rabbiner zu (bei einigen rituellen Acten bedarf er zweier

Beisitzer, Dajanim, Richter), weßhalb derselbe auch oft bei bloßen Verwaltungsfragen, welche aber einen rituellen Punkt betreffen, von den Vorstehern zugezogen wird. Die Schulangelegenheiten werden ihm nur falls er allgemeine, wissenschaftliche Bildung nicht besitzt — was aber in Teutschland in kurzem gar nicht mehr der Fall sein wird — nicht anvertraut. In vielen Gemeinden der Staaten, welche den Cultus der obersten, diesem Zweige allgemein vorstehenden Behörde unterstellt haben, ist in diesen und in Angelegenheiten der Synagoge ein Cultusvorstand ernannt, welchem in der Regel der Rabbiner an der Spitze steht und welcher entweder als Unter-, oder falls mehrere Gemeinden von demselben geleitet werden, als Oberkirchenbehörde fungirt (in Württemberg führt der Vorstand diesen Namen ausdrücklich). In Frankreich (auch in Belgien und der preuß. Rheinprovinz) gibt es jüd. Consistorien, deren Rabbiner (grands rabbins) alle vom Staate besoldet werden und an deren Spitze das consistoire central des Israélites en France steht. — Daß jeder Rabbiner philosophische und academische Bildung besitze und einer Staatsprüfung sich unterwerfe, auch vom Staate bestätigt werde, ist großentheils in Teutschland — in Preußen natürlich nicht — eingeführt, sollte aber auch allenthalben der Fall sein und mit mehr Strenge, namentlich in Oesterreich, wo Joseph II. Mandat in dieser Beziehung sehr oft umgangen worden ist, gehandhabt werden. Eine allgemeine jüdische collegialische Behörde zur Prüfung über die rabbinische Fähigkeit fehlt leider noch ganz und gar, trotz des in letzter Zeit so dringend und laut gewordenen Wunsches nach einer jüdisch-theologischen Facultät. Die Gemeinden wählen ihren Rabbiner, nachdem derselbe von einem anderen die Semicha (Ordination, welche in früherer Zeit den biblischen Gebrauch des Händeauflegens durch einen großen Lehrer, wirklich wie bei den Katholiken, aber bei Priestern und Laien, enthielt, im 11. Jahrh. etwa wieder auftauchte, aber jetzt nur in einer schriftlichen Erklärung besteht) erhalten hat. — Landrabbiner gibt es in Hannover, Württemberg, Hessen, Schwarzburg, Mähren und Böhmen.

Aus dieser Skizze schon ersieht man, daß ihrer innerem Einrichtung zufolge — außer wo der Staat absichtlich durch Erhebung seiner eigenen Steuern durch die Gemeindeältesten, durch Geltenlassen des jüdischen Rechtes für die Praxis und ähnliche unpolitische Einrichtungen die Stellung verrückt hat — die jüdischen Gemeinden trotz der scheinbar weltlichen Vorsteher, Schächter u. s. w., nichts mehr und weniger als Religionsgemeinden sind. So lange rituelle Ceremonien, so lange noch Speiseverbote bei den Juden existiren — und eines wie das andere ihnen zu entziehen, sei auch die Zahl derer, welche die letzteren beobachten, noch so gering, könnte keiner Staatsobrigkeit beigehen ohne die Absicht, die Gewissensfreiheit zu verletzen — so lange können solche Beamtete, wie Beglaubigte und Schächter, nicht entbehrt werden. Die ersteren bieten, so lange überhaupt die Ehe einen kirchlichen Charakter im Staate behauptet, nichts Besonderes dar. Anders dürften freilich die letzteren erscheinen, sobald man dieselben nicht von dem Standpunkte der Juden aus betrachtet. Trotz dieser ihrer Zwitternatur aber zwischen gewöhnlichen Gewerbtreibenden und zur Erhaltung einer religiösen

Strenge Angestellten — wozu eben der gute Ruf erfordert wird — darf man dieselben doch an sich keinesfalls den Cultusbeamten zurechnen, daher ihre Besoldung von Staatswegen, selbst vom liberalsten Gesichtspunkte aus, mit Recht nicht fordern. Bedarf es aber hierzu, so wie auch namentlich zur Erhaltung des Cultus, Auflagen [8]), welche von der Gemeinde selbst aufgebracht werden müssen, so erklärt sich hierdurch die Nützlichkeit der Gemeindevorstände von selbst, weil dieß den Ortsobrigkeiten gewiß mehrere und kostspieligere Mühe machen würde. Daher haben die meisten Staaten dieses mehr der Civil- als Cultussphäre angehörige Amt der Vorsteher trotz der vollkommenen bürgerlichen Gleichstellung der Juden nicht aufgehoben, weil dieß wohl wünschenswerth, aber unthunlich ist. Daß indessen diese Vorsteher nicht als förmlich geschiedene Unterbehörden zu betrachten sind, sondern von den gewöhnlichen Ortsobrigkeiten controlirt, daher auch Recurse von ihnen, z. B. über anzufechtende Auflagen durch die letzteren, nicht aber direct bei den Mittelbehörden angebracht werden müssen, folgt aus ihrer ganzen Stellung. Auch haben die Verordnungen einzelner Staaten, wie in Sachsen, Württemberg, Hessen u. s. w., dieß anerkannt.

Nur ein vollkommenes Mißverständniß der Stellung dieser Religionsgemeinden und des Verhältnisses der Juden zum Staate, nur ein Mißgriff in die ganze innere Organisation der letzteren, kann zu dem Entschlusse führen, die Judengemeinden als gesonderte bürgerliche (politische) Corporationen zu betrachten. Denn abgesehen davon, daß die Kluft zwischen den Religionsparteien hierdurch erweitert und die Möglichkeit der bürgerlichen Gleichstellung im wahren Sinne in die blaue Ferne gerückt ist — was zwar mit diesem Systeme auch unverhohlen ausgesprochen wird — so bürdet der Staat sich selbst eine Beaufsichtigungslast und eine Behördenvervielfältigung auf, welche er sehr wohl ersparen kann. Unerwähnt kann man hierbei lassen, daß die so politisch Abgesperrten und in sich Zusammengedrängten den Staat im Staate von nun an wahrhaft bilden, und, weil man ihnen den ersteren aufgedrängt hat, letzteren, den wahren Staat, jedenfalls für den entfernteren, stiefväterlichen betrachten werden, den zu bereichern eine Sünde ist. Die Mittel, diesen Gedanken auszuführen, könnten bei der Absperrung in politische Judenviertel unmöglich schwer fallen. Es ist daher anzunehmen, daß der königl. preußische Gesetzentwurf, welcher dieses System auszuführen gedachte — der erste dieser Art in der ganzen civilisirten Welt seit der französischen Revolution — und welcher durch ein Circularrescript der Posener Regierung an die Landräthe im April 1842 des Näheren bezeichnet wird, indem daselbst eine förmliche Organisation von Räthen, Repräsentanten u. s. w.

---

8) Diese sind zweifacher Natur, indem in vielen Gemeinden indirecte Abgaben, meist durch Erhöhung der gewöhnlichen Fleischtaxe, in anderen, welche Besteuerung des Armen ganz verwerfen, directe, durch Schätzung der wohlhabenden selbstständigen Mitglieder (Fruch), hierzu erhoben werden; in noch anderen kommen beide Arten zugleich in Anwendung.

zum Vorschein kommt, auch dann nicht in die Wirklichkeit übergegangen sein würde, wenn selbst die aus allen Theilen des Reiches dagegen eingegangenen energischen Protestationen der jüdischen Preußen das Bedenkliche des Projectes gezeigt hätten.

Das jüdische Recht ist der Inbegriff aller ausschließlich bei den Juden, insofern ihre Rechtssachen darnach behandelt werden, geltenden, von ihnen selbst entwickelten und ausgebildeten Rechtsnormen. Im weiteren Sinne wird man hierunter auch den jüdischen Prozeß verstehen. Da nun, so weit jüdische Verhältnisse im Staate allenthalben bekannt sind, die Criminalgerichtsbarkeit, so wie das öffentliche Recht, dem letzteren, ihnen selbst aber wohl nirgends zusteht, so kann nur das jüdische Privatrecht noch von practischem Werthe sein. Auch von diesem aber dürfte wiederum, einige Striche im Umfange des früheren polnischen Reiches und mehrere asiatische und afrikanische Länder ausgenommen, der größere Theil hinwegfallen, und in Teutschland bleibt nur der Theil des jüdischen Eherechtes, welcher sich auf Eingehung und Trennung derselben bezieht, namentlich auch wegen der Collisionsfälle desselben mit dem Landesrechte, wichtig, selbst da, wo durch das letztgedachte auch das jüdische Eherecht in Bezug auf Scheidungen förmlich aufgehoben ist, wie in Preußen durch das Edict von 1812. Collisionen treten zuweilen dann ein, wenn die ordentlichen Gerichtsbehörden zufolge der Landesgesetze auf Trennung einer Ehe sprechen, während der Rabbiner zufolge der jüdisch-rechtlichen Bestimmungen durch den Scheidebrief dieselbe zu vollziehen Bedenken trägt. Hiermit stimmt selbst das canon. Recht überein (Decretal. Tit. de Jud.; c. 8. X. de divort.; c. 4. X. de cons. et aff.). (Davon unten.) Dagegen gilt wohl selbst das jüdische Erb- und *Vormundschafts*recht, wie im vorigen Jahrhunderte oft der Fall *war, nirgend mehr* in Teutschland. Im römischen Reiche galt die *Autonomie der Juden* im Privatrechte unbeschränkt (Juvenal. Sat. 14 v. 99.) bis ins Jahr 398, wo sie Arcadius aufhob (L. 8. C. de Jud.). Unter der Herrschaft der Araber und im späteren Mittelalter erstand sie, wenigstens in Bezug aufs Privatrecht. In Teutschland erhielt sie sich zum Theil in der neueren Zeit, obgleich sie im allgemeinen durch Kaiser Rudolph II. im J. 1582 mit den Worten aufgehoben worden ist: Dieweil denn die gemeine Jüdischheit nach Inhalt unsrer Vorfahren, sich gemeiniglich in allen Fällen, darinnen keine Fürsehung geschehen, unser und des heiligen röm. Reichs gemeinen Rechten gebrauchen soll und mag. In Preußen namentlich entzog erst ein Rescr. vom 2. Febr. 1700 den Rabbinern alle Jurisdiction, obschon die Beobachtung der jüd. Ritualgesetze in Ehe-, Vormundschaftssachen und Successionsfällen dem ordentlichen Richter zur Pflicht gemacht wurde und bis zum J. 1812 bestanden hat. Altona besaß noch bis ins Jahr 1842 vollkommene jüdische Gerichtsbarkeit. In einigen preuß. Districten ist dieß ebenfalls noch der Fall, insofern ausdrückliche Gesetze — das Landrecht hat es nicht gethan — dem jüdischen Rechte nicht derogirt haben.

Leider fehlt uns noch eine allgemeine jüdische Rechtsgeschichte und

ine neue systematische Bearbeitung des jüdischen Rechtes[9]). Beide sind m so wünschenswerther, als der bald zu erwähnende Schuschan Aruch heils noch nicht für den Schlußstein angesehen werden mag, weil das Gewohnheitsrecht bedeutender Gemeinden und Satzungen einzelner Rabiner auch nachher, namentlich im Eherechte, ein allgemeines bleibendes Ansehen gewonnen, theils die portugiesischen (hochteutschen) Juden jenen Codex in seinem ganzen Umfange und mit allen Zusätzen nicht recipirt aben.

Als Quellen des jüdischen Rechtes sind anzusehen 1) das mosaische Recht, insoweit es nicht durch die späteren Vorschriften aufgehoben woren; 2) der babylonische Talmud (der jerusalemitische, vom Rabbi Jochaan zu Ende des 4. Jahrh. verfaßt, ist in seinem ganzen Umfange nicht recipirt), dessen Inhalt theils aus der Mischna (im J. 219 n. Chr. vom Rabbi Jehuda dem Heiligen gesammelt), theils aus den sie ergänzenden, um Theil verwerfenden Satzungen der babylonischen Hochschulen und en ihnen vorangegangenen Disputationen besteht und etwa um 468 gesammelt worden ist. Dieser ist, so wie der früher genannte nicht recipirte, aramäisch geschrieben und besteht aus 36 Tractaten oder Fächern aller mosaischen Gesetze, sie mögen den Glauben, den untergegangenen Cultus, die Staatseinrichtungen, Ceremonien oder das Recht betreffen[10]).

---

9) In teutscher, französischer und lateinischer Sprache sind allerdings schon seit älterer Zeit zahlreiche Schriften über jüd. Recht, meist von Christen, erschienen, von denen einige treffliche Arbeiten, was namentlich von den Monographien gilt, zu nennen sind. Doch geht theils den meisten eine gründliche Kenntniß des späteren jüd. Rechtes selbst ab, theils sind sie vom römisch-rechtlichen Gesichtspunkte aus verfaßt, endlich herrscht in vielen eine Verwirrung der Begriffe des jüd. Rechtes und der Rechte und Stellung der Juden im Staate. So Thiel's principia Jurisprudentiae Judaicae, eine im einzelnen sehr anzuerkennende Schrift. Ebenso Calvinus, Themis Hebraeo-Romana. Hannoviae 1595. Außer diesen sind zu nennen: Constantinus l'Empereur de leg. Hebraeorum forensibus Lugd. Bat. 1642. 4. Henr. Hottingerus, de iure Hebraeor. Tigur. 1655. 4. W. Zepperi explanatio leg. mosaic. forensium. Herbornae 1614. 8. P. Zepperi collatio leg. Mosaic. et Romanarum Can. itidem et Saxon. iurium (höchst ungründlich). Halae 1632. Jo. Seldeni de iure nat. et gentium secundum praecepta Hebraeorum Lib. VII. Londin. 1633.; eiusd. Uxor hebraica (trefflich). Jo. Speneri de leg. Hebraeorum ritualibus et earum rationibus Lib. III. Hagae Comit. 1686. 4. Kaiser, de autonomia Judaeorum. Giss. 1837. Meyer, sentent. Rabbin. de succ. ab intest. Hal. 1775. Michaelis, mosaisches Recht. Recueil des loix, coutumes et usages observées par les Juifs de Metz en ce qui concerne leurs contrats de mariage, tutelles, successions. Metz 1786 (auf Befehl Ludwig XVI. veranstaltet). Struben's rechtl. Bedenken Th. 4. Mendelssohn, Ritualgesetze der Juden. Berlin 1778. Schröter, von den jüd. Rechten in dessen vermischten Abhandl. Bd. 1. Halle 1785. Bessel, über das bürgerl. Recht der Juden in Teutschland nach gemeinem teutschen Rechte, im rhein. Museum Jahrg. III, S. 433 flg. Bonn 1829.

10) Zunz, die gottesdienstl. Vorträge der Juden S. 46 flg. Es verdient hier die Bemerkung einen Platz, daß lange Zeit, ehe neuere Uebersetzungen des Talmuds vorgekommen — welche aber nicht über den ersten Tractat (Berachot von Löwe 1836 und von Pinner 1840) hinausgekommen sind — solche schon von Christen vorhanden waren. So die lateinische Uebersetzung der Mischna

3) Der Alphasi (Rif, die drei Anfangsbuchstaben von Rabbi Isac (Al)=Phasi, gemeinhin genannt), ein Auszug des Talmuds, mit Hinweglassung der Disputationen, um 1120. 4) Jad Hachasaka (die starke Hand) um 1310 von R. Moses Ben Maimon (Maimonides, Rambam), einem berühmten jüdischen Denker und Arzt in Spanien, welches Werk ebenfalls wohl die Disputationen, nicht aber das unanwendbar Gewordene ausläßt. 5) Tur oder die 4 Turim (Ordnungen) von R. Jacob Ben Ascher (daher Baal [Herr] Haturim genannt) 1346, eine Zusammenstellung der practischen Gesetze, nebst den seit dem Talmud hinzugekommenen Satzungen und Gewohnheiten. 6) Endlich verfaßte, auf letztgenanntes Werk fußend und in derselben Ordnung R. Joseph Kara a) den sogen. Beth Jossceph, b) den 1567 zuerst erschienenen Auszug (Schulchan Aruch, gedeckter Tisch) jenes Compendiums. Dieses Werk bildet das bei den europäischen Juden so ziemlich, aber durch keinen allgemeinen Beschluß, sondern der Praxis zufolge, recipirte Gesetzbuch. In seinen späteren Auflagen finden sich die Zusätze (Hagah, Bemerkung) eines Krakauer Rabbinen, welche, wo sie dem Texte widersprechen, bei den polnischen, größtentheils auch teutschen Rabbinen gegen denselben Giltigkeit, jedoch von den portugiesischen Juden nicht anerkannt sind. Ihre Bedeutung ist in neuester Zeit überhaupt in Frage gezogen worden. 7) Noch größere Schwierigkeit bereitet der Zweifel über die, zum Theil und an manchen Orten in die Praxis übergegangenen Gewohnheiten großer Gemeinden, wie namentlich im Eherechte die von Mainz, Worms und Speyer und die Satzungen einzelner Rabbiner, welche späterhin, ja bis auf die neuere Zeit, über einzelne Rechtsfragen entschieden haben. Unter diesen machen sich die Aussprüche einer Art von Synode bemerklich, welche viele Rabbiner Polens (Chakma Arba Arazot, die Weisen der 4 Länder, worunter vier Provinzen des alten polnischen Reiches verstanden werden) mit vielem Aufsehen unter ihren Landsleuten im 17. und zu Anfange des 18. Jahrh. bildeten[11]).

Von dem unter 6 b) genannten Codex enthalten, einzelne Stellen in den ersten beiden, Sitten- und Religionsgesetze betreffenden, Theilen (z. B. von dem Eigenthume der Synagogen u. a. m.) ausgenommen, nur die beiden letzteren das anwendbare jüdische Privatrecht, und zwar der dritte (Eben Hanser, Stein der Hilfe) das Eherecht, der vierte (Choschen

---

von Guilielmus Surenhusius, unter dem Titel: Mischna, sive totius Hebraeorum iuris, rituum, antiquitatum ac legum oralium systema cum clarissimorum Maimonides et Bartenorae Commentariis, quibus accedunt variorum auctorum notae etc. (Amstel. 1698—1703.) Fol. 3 Vol. — Ferner eine teutsche: Mischna oder der Text des Talmuds aus dem Hebräischen übersetzt, umschrieben und mit Anmerk. erläutert von Johann Jakob Rabe, 6 Th. Onolzbach 1760—1763. 4. — Derselbe, Brachot oder das erste Buch der Gemara. Halle 1774. 4.

11) Die von M. Mendelssohn, auf Veranlassung und unter Aufsicht R. Hirschel's Lewin, Oberrabbiners zu Berlin, entworfenen Ritualgesetze der Juden, über Erb-, Vormundschafts- und Eherecht, haben nie auf gesetzliche Autorität Anspruch gemacht, geschweige denn dieselbe erlangt. Bei einigen practischen teutschen Juristen ist diese Meinung irrthümlich entstanden.

)armischpat, Brustschild des Rechtes) Civilprozeß, Obligationen-, Sachen-
nd Erbrecht. Die Lehre von der väterlichen Gewalt und von der Vor-
nundschaft ist im Eherechte zerstreut. Auch sind die hier nach gemein-
echtlichem Systeme genannten Eintheilungen keineswegs so im Codex selbst
on einander geschieden, indem dort der Prozeß getrennt und ein Theil
esselben mitten ins Obligationenrecht eingeschoben ist. Auf welchem Sy-
teme überhaupt die dort getroffene Ordnung beruht, dürfte Stoff zum
Nachdenken geben, daher dieselbe hier nebst einigen auffallenden Eigen-
hümlichkeiten des jüdischen Rechtes folgen soll.

Im dritten Theile (Eben Hanser) finden sich folgende Titel: 1)
Von der Gerichtsbarkeit (Organisation derselben und Verfahren im Pro-
eß) und vom Darlehnscontracte. Eingestreut sind hier die Regeln über
en Executivprozeß, weil die Urkunde das Hauptbeweismittel bei diesem
Contracte bildet. Ja, es geht dieß so weit, daß in diesem ganzen Capi-
el meist nur von Schuldverschreibungen die Rede ist und jedenfalls wird
er wenigstens für einen Uebertreter des Gesetzes gehalten (vor einen
Blinden sollst Du keinen Anstoß legen, 2. Buch Mos. 19, 14) —
lbschn. 70 —, welcher Jemand ohne Zeugen Geld leiht. Auch in Ge-
genwart der Zeugen aber bedarf es, um gewisse Nachtheile im Verfah-
en und namentlich das leichtere Leugnen des Gegners, überhaupt pro-
essualische Nachtheile zu vermeiden, entweder der Verschreibung oder des
Mantelgriffes (Kinjan Sudar). Der Grundsatz: pacta sunt ser-
vanda scheint überhaupt nicht zu bestehen[12]. Der Mantelgriff spielt

12) Dieser Umstand, daß Mantelgriff, Verschreibung und mindestens zwei
Zeugen die Perfectibilität der Contracte begründen und eine Klage aus ihnen
ulassen und daß überhaupt und namentlich bei Schenkungen Solennitäten,
ähnlich den der altrömischen verborum obligatio, eintreten (wovon weiter die
Rede sein wird), kann zu der Vermuthung führen, daß dieß die ratio
egis des älteren teutschen Rechtes war, wonach Verträge
zwischen Christen und Juden nicht anders, als in Gegenwart
und unter Registrirung des competenten Richters giltig ab-
geschlossen werden können. Bekanntlich hat das röm. Recht von dieser
Beschränkung nichts gewußt. Daß die Reichsgesetze aber (Reichsabsch. v. 1551
. 79: daß wann ein Contract zwischen einem Christen und Juden anders, als
mit Zuthun, Autorität und Approbation desselben Ortsoberkeit errichtet wor-
den, Alles ganz kraftlos, nichtig und unbindig seyn, so daß kein Richter darauf
erkennen und Recht sprechen soll) zu dieser Neuerung sich herbeiließen, scheint,
außer dem Zwecke der Präventivmaßregeln gegen Wucher, auch darin seinen
Grund zu haben, daß zu jener Zeit in Rechtsstreitigkeiten zwischen Juden allein
der Rechtsspruch der Rabbiner in der Praxis wenigstens nichts Seltenes war.
Theils läßt sich das aus einer Unzahl von Fällen ausdrücklich nachweisen, ob-
gleich in den kaiserl. Judenprivilegien zu Frankfurt auch noch vor der von
Kaiser Rudolph II. ausgesprochenen, oben angeführten, Satzung der allgemeinen
Billigkeit des gemeinen Rechtes, schon Karl V. und Maximilian II. in densel-
ben Privilegien 1551 und 1570 dasselbe festgesetzt hatten. Wenn man aber in
Erwägung zieht, daß diese Vorschriften nur einseitig von den Kaisern gegeben
wurden, mithin nicht ordentlicher Ausfluß der Reichsgesetzgebung waren, ferner
daß sie nach stricter Interpretation nur für die Frankfurter Juden gegeben wor-
den, endlich, daß in Folge des in der goldenen Bulle den Reichsfürsten zuge-
standenen Rechtes der Judenaufnahme die kaiserl. Gesetzgebung in Betreff der

eine Hauptrolle und besteht darin, daß der acceptirende Theil, und zwar bei Schenkungen der Beschenkte, beim Kaufe der Käufer, bei Darlehen der Schuldner, das Gewand des anderen Theiles bis zur Kundgebung seiner bestätigenden Willensmeinung ergreift. Wahrscheinlich ist diese Handlung der Bestätigung an die Stelle der im alten jüdischen Rechte geltenden (im Buche Ruth deutlich als solche bezeichneten) Abschuhung getreten. Und die früher angedrohte Strafe der Nichtvollziehung der Leviratsehe (Chaliza) bestand eben darin, daß dem sich weigernden Schwager der Schuh unfreiwillig abgezogen wurde (5. Buch Mos. Cap. 25, V. 9), wodurch wohl ausgedrückt werden sollte, daß derselbe einen, hier gesetzlich und sich von selbst verstehenden Contract nicht vollziehen wolle, kurz kein Mann von Treu und Glauben sei; während beim Abschlusse der Verträge überhaupt der eine Theil, von welchem Bestätigung erwartet wurde, sich selbst freiwillig den Schuh auszog und dem Anderen gab. — In manchen Fällen tritt an die Stelle dieser alternativen Förmlichkeiten der natürliche Besitz des fraglichen Gegenstandes. —

Je wichtiger nun überhaupt und beim Darlehnscontracte insbesondere, bei welchem sie fast unentbehrlich war, die Urkunde, desto pünktlicher muß Form und Inhalt derselben in Obacht genommen werden. Daher die Masse von Bestimmungen hierüber, wie sie kaum in einer neuesten Gesetzgebung der europäischen Staaten gefunden werden (Abschn. 42 bis 54 des Chosch. Mischp.). Vorzüglich wird auf Verhütung von Fälschungen Rücksicht genommen, daher die Integrität der Schrift und das

---

Juden und der letzteren Kammerknechtseigenschaft lax geworden war, so konnten nach dem allen, bei der practischen Giltigkeit des jüd. Rechtes, im Falle erhobenen Zwistes über Verträge zwischen Christen und Juden, letztere in die Versuchung kommen, die Strenge des jüd. Rechtes in Betreff der Verträge und das Versäumniß der Förmlichkeiten für sich anzuführen. Hatte aber der Abschluß der Verträge vor der competenten Obrigkeit stattgefunden, so hatte, wollte man auch davon absehen, daß hierdurch dem jüdischen Rechte selbst, welches richterliche Gegenwart als unbedingt für die Giltigkeit derselben ausreichend betrachtet, Genüge geschehen — was die Reichsgesetzgebung wohl nicht beabsichtigt hat —, doch der Jude selbst die christliche Obrigkeit als für die Beurtheilung des Geschäftes competent angesehen und der Berufung auf das jüd. Recht sich begeben. Bekannt ist es freilich, daß man bisher als einzigen Grund dieser reichsgesetzl. Bestimmung die Vorbeugung vor Wucher und Betrug annahm und noch annimmt. Leider ist daher dieselbe später in mehrere Landesgesetze und in das decret impérial v. 17. März 1808 übergegangen, und die ersteren bestehen, während das letztere nebst dessen Ausflüssen (z. B. das Wechselmandat v. 1811 in Sachsen) allenthalben, so wie die lex Anastasiana in Betreff der Cessionen von Juden an Christen, aufgehoben ist — der letzte Rest verschwindet gewiß binnen Kurzem in Rheinpreußen, nach dem Antrage des letzten Provinziallandtages — noch in manchen Gegenden des teutschen Vaterlandes. In Bayern selbst haben mehr als 40 verschiedene Gesetzgebungen, jede wiederum mit besonderen Clauseln und in mannigfacher Ausdehnung, in der Hauptsache denselben Grundsatz sanctionirt. Ob hieraus dem Handelsflore und der Gerechtigkeit Vortheile entstehen, werden wir bei der Betrachtung der Stellung der Juden zum Staate sehen, obgleich man auch hier schon, ohne einen Blick auf die wirkliche Praxis geworfen zu haben, im voraus daran zweifeln dürfte.

Beisetzen des Datums, auch das Material der Urkunde als solches, welches nicht leicht eine Verfälschung zuläßt, zur unerläßlichen Bedingung gemacht wird. Zinsenzahlungen können selbst aus Schuldurkunden nicht eingeklagt werden. Der 65. Abschnitt handelt von gefundenen Quittungen, der 66. über Cession und Verkauf von Schuldverschreibungen und über die Fälle der Ungiltigkeit dieser Rechtsgeschäfte, Abschn. 73 über die Rückzahlung eines auf unbestimmte Zeit gemachten Darlehens, 74 über den Ort und die Ordnung der Zahlung.

Tit. 2. Von den Parteien (gehört meist in den Prozeß). Eben so

Tit. 3. Ueber den gerichtlichen Eid,

Tit. 4. Ueber die Schuldhebung Seiten des Gläubigers, und

Tit. 5. Ueber das Schuldverfahren gegen Waisen und Unmündige.

Tit. 6. Von den Rechten des Gläubigers an belasteten Gütern.

Als Grundsatz gilt hier, daß der Inhaber einer giltigen Schuldverschreibung zuerst aus allen unbelasteten, d. h. noch im Eigenthume des Schuldners befindlichen, und wenn diese nicht ausreichen, von den belasteten, d. h. von verkauften und verschenkten Gütern bezahlt wird, wobei selbst die an die Synagoge geschenkten keine Ausnahme machen; ein Beweis, wie das jüdische Recht die sichtbare Kirche nicht als eine dem Privatverkehre entzogene Sache ansieht, so wie dieß auch Luther von der christlichen Kirche verlangte mit den Worten: die Kirche ist wie jedes andere Haus, — vorausgesetzt nämlich, daß die fragliche Veräußerung nach Contrahirung jener Schuld, aus welcher geklagt wird, vorgenommen worden ist. Ist der Schuldner insolvent, so fällt auch die letztere Beschränkung weg und es gilt dann als Regel, daß selbst früher bezahlte Gläubiger mit den unbezahlten nach gleichem Antheile sich bezahlt halten können, ausgenommen wenn die Gläubiger früher durch gerichtliche Execution befriedigt worden sind. Ob dabei vorausgesetzt wird, daß die materielle Insolvenz wenigstens bei der früheren Befriedigung der Gläubiger vorhanden sein mußte, ist nicht deutlich. Noch weniger ist von einem formellen Concurse und einem bei demselben einzuschlagenden Verfahren oder von einzurichtenden Classen die Rede. Es scheint, als sollten alle Gläubiger (von der bevorzugten Ehefrau s. im Eherecht) pro rata bezahlt werden. Abschn. 111.

Tit. 7. Von Hypotheken. Nach jüdischem Rechte ist eine gerichtliche Bestellung derselben, wie aus dem ganzen Inhalte erhellt, nicht vonnöthen, und von einer Hypothekenordnung scheint es gar nichts zu wissen.

Tit. 8. Von Erhebung oder Zahlung der Schuld durch Bevollmächtigte. Der Erwerb durch Procuratoren ist, wegen der eigenthümlichen Grundsätze über den Besitz und die früheren Sclavenverhältnisse, sehr beschränkt. Doch haben spätere Rabbinen die talmudischen Vorschriften hier bedeutend modificirt (eben so in Bezug auf Ehescheidungen durch Bevollmächtigte). Beachtenswerth ist der Grundsatz des alten jüdischen Rechtes, daß nur der selbstständige Jude — so wie nach altem römischen Rechte nur der römische Bürger — Eigenthum erwerben lassen konnte. Hieraus folgen die Beschränkungen mit Rücksicht auf Nichtjuden. Nun

heißt es (Abschn. 123, §. 14): Man könne einen Nichtjuden zur Eigenthumserwerbung für sich bevollmächtigen, so jedoch, daß in der schriftlichen Vollmacht es nicht heiße: wir haben von ihm erworben, sondern: der Nichtjude hat selbst erworben. Eine Glosse bemerkt hierzu: Nur Zeugen (dritte Personen) könnten von einem Nichtjuden Eigenthum nicht erwerben, wohl aber kann es unmittelbar der Nichtjude durch Mantelgriff. Ferner Abschn. 126, §. 22: Nach der Ansicht Einiger könne ein Jude oder Nichtjude die Schuld, welche ihm an einem Nichtjuden zusteht, durch diesen nicht an einen Juden cediren. — Möglich ist es, daß auch durch diese beiden Satzungen des jüdischen Rechtes — welche aber nach dem Texte der angeführten Stellen und deren Glossen sehr bestritten sind — die teutschrechtliche Bestimmung (R. P. O. v. 1577 Tit. 20, §. 4) hervorgerufen haben, welche bei Verlust der Forderung den Juden verbietet, ihre an Christen zustehende Forderungen an andere Christen abzutreten, indem auch hier der debitor cessus ein Christ war (vgl. die vorstehende Note); hiernach bildete der Grundsatz des Verbotes der cessio ad potentiores nicht den ersten Anlaß dieser Beschränkung.

Tit. 9. Von der Bürgschaft. Auch sie unterliegt den Förmlichkeiten des Vertrages, insbesondre des Mantelgriffes, so daß selbst wegen Bezahlung einer vor Gericht geleisteten Bürgschaft, wobei jedoch der letztere nicht stattgefunden hat, eine condictio indebiti angestellt werden kann. Dagegen ist derselbe selbst außergerichtlich nicht nothwendig, sobald der Bürge damit einverstanden ist. Dieß Alles gilt auch von einem Bürgen als Selbstschuldner, es sei denn daß hier die Bürgschaft für eine Mitgift geleistet worden sei, wobei es des Mantelgriffes nicht bedarf. Abschn. 129.

Dagegen tritt die Verbindlichkeit des Hauptschuldners, den Bürgen zu entschädigen, dann ein, wenn dieser eine vom Gläubiger unterschriebene Quittung producirt. Abschn. 130.

Zum Beweise, wie ungegründet die Insinuationen mancher Gegner der bürgerlichen Gleichstellung der Juden sind, als begünstige das jüdische Gesetz Lug und Trug gegen Nichtjuden, diene folgende Stelle (Abschn. 131, §. 6): Hat ein Nichtjude einem Juden für seine Schuld ein Pfand gegeben und bittet nun um Zurückgabe desselben, indem er einen Juden mit des Gläubigers Einwilligung zum Bürgen stellen will, der herbeigebrachte Bürge sagt aber in hebräischen Worten zum Gläubiger: Hüte dich, mich als Bürgen zu betrachten, in Gegenwart des Nichtjuden dagegen willigt er in die Bürgschaft, so gilt seine Bürgschaft dennoch, wofern der Gläubiger bei allem diesen schwieg.

Die Bürgschaft des Unmündigen ist null und nichtig; die der Eheweiber und Sclaven verpflichtet sie zwar zu nichts, so lange sie in ihren jetzigen Verhältnissen verbleiben, wohl aber dann, wenn sie selbstständig geworden sind. Abschn. 132.

Tit. 10. Vom Besitze der Mobilien. Von einer Acquisitivverjährung ohne weiteres scheint hier nicht die Rede gewesen zu sein. Dagegen gibt der Besitz auch in der kürzesten Zeit eine Präsumtion für das

Eigenthum, doch bedarf es dermalen stets eines suppletorii des Besitzers gegen den die Sache beanspruchenden Kläger; ist aber der Besitzer ein Handwerker, so schwört der Kläger das purgatorium.

Sind Jemandem Sachen bei einem Handwerker vertauscht worden, so kann er so lange der fremden sich bedienen, bis der Handwerker ihm die seinigen wiedergibt. Einer nichtjüdischen Wäscherin muß man aber die fremde Wäsche zurückgeben, auch ehe sie dem Eigenthümer die seinige dafür gebracht hat. Abschn. 131—136.

Weitläufig und eigenthümlich sind die Grundsätze über Theilung oder gänzliches Zuerkennen einer von mehreren besessenen und beanspruchten beweglichen Sache. Abschn. 138.

Tit. 11. Vom Besitz der Immobilien. Hier tritt Verjährung ein in Folge eines continuo fortgesetzten Besitzes von 3 Jahren; doch bedarf es in manchen Fällen eines suppletorii, wodurch aber selbst merkwürdiger Weise die Aussagen zweier entgegenstehender Zeugen oft entkräftet werden. Jedenfalls muß aber der Besitz ohne Widerspruch des Gegners stattgefunden haben. Auch findet bei sociis, Feldarbeitern, Vormündern, Räubern, Taubstummen, Blödsinnigen und Unmündigen keine Verjährung statt. Die ganze Materie ist mit vieler Weitläufigkeit behandelt. Abschn. 140—152.

Tit. 12. Vom Schaden, welcher durch Baulichkeiten verursacht wird. Unter dieser Ueberschrift findet sich eine Reihe von ausgedehnten Bestimmungen über Servituten, welche meist negativer Art sind. Im allgemeinen sind die Servituten im jüdischen Rechte nicht begünstigt, und die hier aufgeführten mehr polizeilicher Natur und Gegenstände des öffentlichen Rechtes. Das römische Recht hat hier einen unverkennbaren Einfluß geübt, wir stoßen auf die servitus tigni immittendi, ne luminibus officiatur, aquae pluviae non arcendae u. a. m., von welcher mit einer Genauigkeit gehandelt wird, welche das Bedürfniß eines geordneten Staats- und Städtewesens allein ohne Mitwirkung des fremden Rechtes nicht allein herbeigeführt zu haben scheint, obwohl diese Genauigkeit die der römischen Gesetze oft noch übertrifft, da selbst die Breite des Balkens, der Thüre, des Fensters, die Elemente der Mauer und ähnlicher Baulichkeiten, die Höhe des Erkers u. s. w., ausführlich behandelt wird. In der Regel wird das Fensteranlegen auf einen fremden Hof hinaus verboten, es wird jedoch daneben bemerkt, daß nichtjüdische Gesetze dieß erlauben und daß daher, wenn ein Nichtjude in Gemäßheit derselben solches gethan hat, man das jüdische Recht gegenüber den Landesgesetzen nicht in Anwendung bringen soll. Von Personalservituten ist gar keine Rede und selbst die Realservituten müssen unentbehrlich sein und allgemeinen Nutzen bringen. Ja, es wird das Verbietungsrecht gegen Fertigung von Oefen, Läden und ähnlichen für die Nachbarn nur unbequemen Anlagen zu Gunsten der Behaglichkeit selbst auf Kosten der Gewerbe- und Handelsfreiheit begünstigt. — Innungsrechte, Absperrung der Städte gegen das platte Land, indem den Bewohnern des letzteren Hausirhandel stets und das Feilbieten ihrer Producte in der Stadt außer den Markttagen untersagt wird, finden sich in ausgebreiteter Maße. Nur

die Wissenschaft wird gegen den Zunftzwang begünstigt. Unstreitig bietet dieses Capitel einen reichen Stoff zu Betrachtungen über den Einfluß des römischen Rechtes auf das jüdische und die Entwicklung des letzteren überhaupt. Absch. 153—156.

Tit. 13. Ueber die Gemeinschaft an Grundstücken. Auch unter diesem Titel wird noch Einiges über Servituten, vorzüglich aber über den gemeinsamen Besitz eines Grundstückes und die communio incidens abgehandelt (Abschn. 157—170). Abschn. 163 bestimmt die Pflichten der Mitglieder einer jüdischen (namentlich Stadt-) Gemeinde.

Bemerkenswerth ist hier der Streit, in den einige Rechtslehrer unter einander über die Art gerathen, wie Beiträge zu Erpressungen erhoben werden, welche nichtjüdische Obrigkeiten bei Vermeidung der Lebensgefahr oder Androhung des erzwungenen religiösen Uebertrittes anordnen. Einige meinen, das Vermögen der Einzelnen biete hier den Maßstab, weil es nur darauf bei solchen Drohungen abgesehen sei, Andere, bei Lebensgefahr richte sich Alles nach der Kopfzahl. — Auch wird (das.) festgesetzt, daß, wo die nichtjüdische Obrigkeit Jemand freiwillig mittelst Privilegium die Abgabenentrichtung erläßt, die Gemeinde ihn zur Tragung derselben nach seinem Antheile nicht anhalten könne.

Tit. 14, 15 und 16. Grundsätze über Theilung einer res communis, Grenzberichtigungen unter Nachbarn und den Gesellschaftscontract. Abschn. 171—181.

Tit. 15. Ueber das mandatum (der Mandatar wird mit dem allgemeinen Begriffe Scheliach, Bote, bezeichnet) und das Verhältniß der Mäkler. Abschn. 182—188.

Tit. 16. In diesem Titel, welcher vornehmlich den Kaufcontract behandelt, ist zum Theil von Obligationen überhaupt die Rede. Perfection des Kaufes tritt ein durch 1) Einhändigung des geringsten Geldstückes an den Verkäufer, 2) Kaufschein, 3) Mantelgriff, 4) Besitzergreifung Seiten des Käufers. Ein Scheincontract, Asmachta (Anlehnen), ist vorhanden, wenn die Erfüllung des Kaufes an eine conditio suspensiva geknüpft und nicht verabredet worden ist, daß der Erwerb der Sache jetzt schon für diesen Fall statt haben soll, oder wenigstens sonst keine Förmlichkeit, wie Mantelgriff u. dgl. obgewaltet hat. Ein Bauschkauf kann wegen Verletzung nicht angefochten werden. Eine emtio venditio rei speratae ist nur dann giltig, wenn man den fruchttragenden Körper selbst nebst Zubehör verkauft oder die Nutzungen verpachtet, da das, was erworben wird, eine vorhandene res corporalis sein muß. — Ein großer Theil dieses Capitels übrigens, welches Bestimmungen über den Verkauf von Grundstücken oder ihren Nutzungen enthält, ist zur Antiquität geworden, insofern dieselben auf die alten Maße und Gewichte sich gründen und überhaupt mehr mit palästinensischen Verhältnissen zusammenhängen. Abschn. 189—226.

Tit. 17. Ueber laesio enormis und Irrthum im Kaufe. Die erstere tritt ein, wenn ⅙ des Werthes zu viel oder zu wenig gezahlt

worden ist. Das zu viel oder zu wenig Gezahlte wird erstattet, der Kauf aber bleibt bei Kräften, ungiltig wird er bei einem Betrage desselben über ⅙. Wissentliche Uebervortheilung steht ihrem Gehalte nach dem Raube gleich (es scheint dieß jedoch, da der Marktpreis allenthalben eine Rolle spielt, auf Waarengeschäfte keine Anwendung zu leiden). Bei Münzen soll nach Einigen die Uebervortheilung schon bei $^1/_{12}$ stattfinden; solche, die gewogen werden, müssen sogar das richtige Gewicht genau haben. Leichte Münzen sollen gelöchert und in den Verkehr nicht gebracht werden. Sonderbar klingt die Bestimmung, daß der Kauf, bei welchem der Verkäufer durch einen Dritten vertreten worden (der Unmündige durch den Vormund schon vermöge der im jüdischen Rechte geltenden restitutio in integrum), auch dann sogar rückgängig wird, wenn die Verletzung unter ⅙ beträgt. Künstliche Waarentäuschungen oder Täuschungen durch Worte sind ebenfalls verboten, nicht aber das Ansichlocken von Käufern durch Zugaben und ähnliche Mittel. Noch einige Bestimmungen folgen über die Tara. Ueber den Irrthum sind nur einzelne Fälle aufgeführt; im allgemeinen wird bestimmt, daß jede verkaufte Sache fehlerfrei sein, dabei jedoch bemerkt, daß der Landesgebrauch jedesmal die Entscheidung an die Hand geben müsse, was im einzelnen Falle für einen Fehler zu halten sei. Das Gewohnheitsrecht wird ausdrücklich sanctionirt und zwar gegen das geschriebene Rechtsgesetz selbst (Abschn. 232, §. 19). Die Handlungen der Unmündigen und Blödsinnigen werden für null erklärt. — Abschn. 236 wird den Juden ein Vorkaufsrecht vor anderen Juden und ein Antheil am Kaufpreise vorbehalten, welcher einem Nichtjuden wegen Todesandrohung ein Grundstück schenken mußte (die Fälle konnten also nicht selten sein, wenn specielle Gesetze darüber nöthig wurden), und der letztere es nun verkaufen will. Nicht so wenn der Dränger ein Jude war, da der andere Jude die Drohung nicht zu beachten brauchte, weil der Jude ja kein Todtschläger sei. Eben so wenn der Nichtjude das Grundstück nur für eine Schuld an sich genommen hat, oder wenn eine Staatsobrigkeit am Orte ist, weil dann der Jude sich beschweren konnte. Abschn. 227—240.

Tit. 18 und 19. Von Schenkungen überhaupt und von den eines Kranken. Unter diesem Titel wird von Schenkungen, unter Lebenden sowohl als Todes halber, von Testamenten und Vermächtnissen abgehandelt (Abschn. 241—258). Titel 23, von Erbschaften, hierher zu ziehen, wäre darum unangemessen, weil das jüdische Recht den letzten Willen, förmliche Testamente und Vermächtnisse nicht unter sein Erbrecht (worunter es blos die Grundsätze über die Ordnung und Verpflichtung der Erben und die Theilung der Erbschaft aufstellt, überhaupt also nur von der activen Succession handelt) zieht und letztwillige oder Todes halber getroffene Verfügungen vom Standpunkte der Schenkung aus betrachtet, wenn schon die ordentliche Schenkung mehr unter den Begriff des Vertrages fällt, als jene.

Das jüdische Recht kennt keinen wesentlichen Unterschied zwischen Schenkungen unter den Lebenden und Todes halber, sondern nur zwischen

den eines Gesunden und eines Kranken[13]), wie sich aus Folgendem ergibt.

A. Schenkungen eines Gesunden — unter den Lebenden oder auf den Todesfall — haben die Natur der Verträge und sind ohne die Beobachtung der beim Kaufcontracte erforderlichen Förmlichkeiten ungiltig (vgl. Tit. 16). Eine Masse von Fällen über die Interpretation solcher wörtlich gemachten Schenkungen nimmt den größten Raum dieses Capitels ein, ohne daß allgemeine Grundsätze aufgeführt worden wären. Im allgemeinen scheint daraus hervorzugehen, daß die logische Interpretation die grammatische möglichst verdrängen soll, und namentlich wird im Zweifelsfalle auf die Vermögens- und andere Umstände des Schenkers Rücksicht genommen.

B. Schenkungen eines Kranken oder sonst in Todesgefahr sich Befindenden sind ohne alle Förmlichkeiten giltig — damit derselbe ruhig sterben könne — wenn er in Folge dieser oder gleich darauf folgender Krankheiten verstirbt, werden aber ungiltig durch dessen Rettung. Hat aber der Mantelgriff dabei stattgefunden, so bleiben sie auch dann bei Kräften, ausgenommen wenn er sein ganzes Vermögen verschenkt oder ausdrücklich von seinem baldigen Tode gesprochen hat. Dasselbe gilt von den zu einer gefährlichen Reise sich Anschickenden. Schenkt aber einer von den Angeführten mit den Worten: von heute an, so hat nach Einiger Ansicht die Schenkung die Natur der Schenkung eines Gesunden ohne Weiteres, nach Anderer Meinung muß wenigstens ein Mantelgriff dabei stattgefunden haben[14]).

Hat der Kranke die Aushändigung eines Scheines an den Beschenkten über die Schenkung neben derselben verordnet, so wird der Schein ungiltig nach dem Tode des Schenkers und der Beschenkte erhält nichts, ausgenommen wenn der Schein ein Testament ist. — Im Zweifelsfalle,

---

13) Mendelssohn, a. a. O. Hauptst. III, Abschn. 2, stellt jenen an die Spitze, indem er die Vermächtnisse eines tödtlich Kranken oder sonst in Lebensgefahr sich befindenden Menschen, die erst nach dem Tode in Erfüllung kommen sollen, Schenkungen Todes halber nennt, welche andere Rechte haben, als die Schenkungen eines Menschen im gesunden Zustande. Abgesehen aber davon, daß bei den letzteren nicht erwähnt ist, ob sie nur unter den Lebenden oder auch auf den Todesfall gemacht worden, so paßt schon der Ausdruck Schenkungen Todes halber, da sie im jüdischen Rechte nirgends so genannt worden ist, bei uns auch auf die Schenkungen eines Gesunden, nicht aber auf die näher zu erörternde Natur der Schenkungen eines Kranken. Da das römische Recht auf das System des jüd. Erbrechtes durchaus wenig oder gar keinen Einfluß geübt hat, so wäre ein solches Aufdrängen dieser römischrechtlichen Benennungen eben so unpassend, wie die Beurtheilung der teutschrechtl. Erbverträge nach römischen Gesetzen, oder die Betrachtung der Gerade als donatio propter nuptias u. s. w. — Vielmehr scheint das teutsche Recht auf die Bestimmungen des späteren jüd. Erbrechtes mehr eingewirkt zu haben.

14) Uebrigens zeigt der Mangel irgend einer Angabe von der Form der letztwilligen Verfügungen von der Achtung, welche in der Regel vor einer solchen selbst die rechtmäßigen Erben hatten, was auch noch heutzutage bei den Juden der Fall ist, so wie überhaupt das ganze jüdische Recht auf Treu und Glauben rechnet.

z. B. wenn es heißt im Leben und im Tode, ist die Schenkung eines Kranken nur für eine Schenkung auf den Todesfall zu betrachten und die Schenkung wird nach der Genesung ungiltig. — Jede frühere letztwillige Verfügung eines Kranken wird durch die spätere ungiltig, ausgenommen wenn zu der ersteren der Mantelgriff getreten ist. Im Falle der Genesung aber fallen sie alle weg, sobald während des Mantelgriffes Lebensgefahr oder ausdrückliche Verfügung auf den Todesfall statt hatte.

C. Von letztwilligen Verfügungen und Testamenten insbesondre. Es ist diese Lehre, namentlich die von Testamenten, nicht vollständig ausgebildet. Wenigstens sind die früheren Vorschriften darüber sehr lose und es scheinen die neueren Bestimmungen mehr ein Ergebniß der Praxis zu sein, welche sich je nach den Landesgesetzen modificirt hat. — So ist von einem förmlichen Testamente (in unserem Sinne) nicht die Rede. Der entsprechende und gewöhnlich dafür genommene Ausdruck Zewaah (wörtlich Befehl) bedeutet nämlich jede letztwillige Verfügung und gilt eigentlich nach dem obersten, früher angeführten Grundsatze der allgemeinen Achtung vor denselben, auch ohne weiteres, sobald sie in Richtigkeit befunden wird. Später erst kam wohl die Bestimmung hinzu, daß ein Testament ordentlicher Weise schriftlich, von zwei Zeugen unterzeichnet und (in Teutschland früherhin) auch mit der Unterschrift des Testirers versehen sein soll. Einige Förmlichkeiten waren indeß auch seit längerer Zeit zu berücksichtigen[15]). Einer directen Erbeseinsetzung bedarf es zwar im allgemeinen nicht, ja es wird dieselbe oft zu vermeiden sein. Denn da, nach Th. 23, vom Erbrechte, Abschn. 281, §. 1, Niemand als Erbe eingesetzt werden kann, der nicht gesetzlicher Erbe ist, so wie kein gesetzlicher Erbe direct, sondern nur indirect durch Verschweigung enterbt werden darf, so wird man besser thun, bei Einsetzung nicht gesetzlicher Erben sich der Ausdrücke der Schenkung zu bedienen. Als solche gelten die Wörter: nehmen, erwerben, genießen. Der Ausdruck dagegen: es solle Jemand rechtmäßig beerben, oder: in das Familienbuch eingetragen werden, bedeutet Erbeseinsetzung. Ob dasselbe aber auch von Verfügungen eines Gesunden gelte, ist streitig.

Drei, sonst unbescholtene, Besucher eines Kranken dürfen, wenn sie am hellen Tage letztwillige Verfügungen desselben vernehmen, diese nicht allein niederschreiben, sondern auch in Vollzug setzen (als Richter), geschieht es aber bei Nachtzeit oder sind blos deren zwei, so gelten sie blos als Zeugen. — Auch scheint aus folgender — an sich schon beachtenswerthen — Bemerkung hervorzugehen, was sonst nirgend deutlich gesagt ist, daß die Zewaah über den gesammten Nachlaß verfügen muß. Abschn. 250 heißt es nämlich, daß Testamente, welche bei nichtjüdischen Gerichten deponirt sind, giltig seien, weil ja die Schrift nur des Beweises wegen gebraucht werde, und mündliche Testamente ohnehin schon Giltigkeit hätten, nicht aber die Urkunden über theilweise Verschenkungen des Kranken,

15) Die Definition Mendelssohn's, a. a. O. Hauptst. 3, Abschn. 3, §. 1: Die Erklärung, wie es mit unserem Vermögen nach unserem Tode gehalten sein soll, heißt ein Testament, ist daher auch nach jüd. Rechte nicht passend.

wofern dieselben nicht als letztwillige Verfügungen ausdrücklich erklärt worden sind, und der Mantelgriff stattgefunden hat. Der Tur (Verfasser des oben unter 5) angeführten Codex und bewährte Autorität) erklärt auch diese für giltig zum Beweise. Auch hier folgen eine Menge von Fällen, aus denen die fehlenden allgemeinen Grundsätze über Auslegungen und hinzugefügte Bedingungen entnommen werden müssen. — Bei dem Mangel aller Formalität sind Erben dennoch verbunden, einen letzten Willen zu vollziehen, wenn er in ihrer Gegenwart geschehen und sie nicht widersprochen haben.

D. Vermächtnisse sind strict zu interpretiren und scheinen überhaupt nicht begünstigt zu sein. Nicht allein müssen vor ihrer Befriedigung von der gesammten Erbschaft alle Schulden abgezogen, sondern sie können überhaupt nicht erfüllt werden, wenn z. B. der Testirer eine Geldsumme hierzu ausgesetzt hat und baares Geld sich nicht findet[16]).

Tit. 20. Von verlorenem und gefundenem Gute (Abschn. 259—271). Ein wahrhafter Funddiebstahl (Uebertretung der mosaischen Gebote: du sollst nicht rauben und du sollst dich einer fremden Sache nicht entziehen) ist nur dann vorhanden, wenn entweder der fremde Besitz an der gefundenen Sache nicht aufgegeben oder dieselbe dort nicht gefunden worden ist, wo der frühere Besitzer sie schwerlich wieder erlangt. Doch heißt es ausdrücklich, daß auch alsdann die resp. Staatsgesetze beobachtet werden müssen (Abschn. 259, §. 5), und daß daher auch das vom Nichtjuden Verlorene — wovon im mosaischen Gesetze, welches vom Bruder spricht, nichts erwähnt ist — demselben zurückgegeben werden soll. Im allgemeinen wird auch die größte Mühe, das Gefundene an den Besitzer wieder gelangen zu lassen, daher auch die Bekanntmachung des Fundes, zur Pflicht gemacht. Wiedererstattung des Gefundenen findet selbst gegen den elterlichen Befehl statt.

Tit. 21. Ueber die Hilfe, welche man einem zu schwer Beladenen leisten soll. Begründet auf 2. Buch Mos. 23, 5. Abschn. 272.

Tit. 22. Ueber Güter, welche keinen Eigenthümer haben und das Vermögen eines Verstorbenen, welcher zum Judenthume übergegangen ist. Bei beiden — im letzteren Falle nur, wenn der Uebergegangene ohne Erben verstorben ist — gilt der Grundsatz: res nullius cedit primo occupanti. Abschn. 273—275.

Tit. 23. Vom Erbrechte (im activen Sinne). Hauptgrundsatz ist: In der Intestaterbfolge schließen die Descendenten die Ascendenten aus, und in beiden Fällen kommen unbedingt neben den männlichen die weiblichen Hinterlassenen nicht in Betracht. Die Auszahlung der Mitgift und des Zusatzes derselben an die nachgelassene Frau (vgl. Eherecht) wird aber schon durch die Ehepacten gesichert. Eben so fällt die Verpflegung, Ausstattung und Mitgift der Töchter den erbenden Söhnen

---

16) Im allgemeinen ist Mendelssohn, a. a. O. Hauptst. III, zu vergleichen, obwohl das dort Angeführte weder erschöpfend ist, noch ohne spätere Einmischung römisch- und teutschrechtlicher Grundsätze verfaßt zu sein scheint, welche jedoch in die Praxis hier und da gewiß Eingang mögen gefunden haben.

zur Last, sogar, wenn die Töchter auch besonders bedacht worden sind, ohne daß die Mitgift dabei erwähnt worden. Das Recht der Erstgeburt ist practisch (5. Buch Mos. 21, 17). Der erstgeborene (d. h. nicht allein das ältere, sondern auch erstes Kind der Mutter) Sohn erbt daher doppelt so viel als die jüngeren Söhne (es wird dieß berechnet, indem man zur Anzahl der Söhne noch einen hinzurechnet, und in dieser Anzahl den Erstgeborenen für zwei Söhne ansieht; sind z. B. drei Söhne vorhanden, so erbt der Erstgeborene die Hälfte, die übrigen ein Viertel des Nachlasses). Ein nach dem Tode des Vaters unter Zwillingsbrüdern zuerst Geborener aber hat keinen Vorzug (nach Einigen selbst der während der Agonie des Vaters Geborene), weil es im Gesetze heißt: er soll ihn erkennen als Erstgeborenen. Das Recht der Erstgeburt erstreckt sich jedoch nicht auf den Nachlaß der Mutter. — Was die Entziehung des Erbtheiles betrifft, so wurde schon oben bemerkt, daß dieß nie durch directe Enterbung, wohl aber durch Uebergehung geschehen kann (also dem röm. Rechte entgegengesetzt), falls nämlich sonst über den ganzen Nachlaß verfügt worden ist. Ob aber der Erstgeborene auch um den einfachen oder nicht einmal um den doppelten Erbtheil gebracht werden kann, ferner, ob bei der Enterbung das Testament null wird, indem die Intestaterbfolge eintritt oder theilweise bei Kräften bleibt; und über eine Masse anderer Fragen sind die Meinungen im Streite. Die späteren Glossatoren und die Praxis haben gewiß Vieles ergänzt. Mendelssohn a. a. O. schweigt gänzlich darüber. Ein Nichtjude, dessen Kinder zum Judenthume übergegangen sind, wird nach den Gesetzen seines Staates beerbt.

Tit. 24. Vom Vormundschaftsrechte. Es gibt letztwillige und vom Gerichte ernannte Vormünder. Beide müssen vom Gerichte bestätigt, aber nicht vereidet sein (so wie das jüdische Recht nach dem Grundsatze, daß jeder die Präsumtion der Rechtlichkeit für sich hat, Verpflichtungseide nicht kennt). Verzeichnisse des Nachlasses müssen alsbald nach dem Tode gerichtlich gefertigt und zu Ende der Vormundschaft Abrechnung gehalten werden. Bei letztwillig ernannten Vormündern genügt nur gegründeter, bei gerichtlichen auch ein geringerer Verdacht, um sie während der Vormundschaftsführung zur Rechnungsablage zu zwingen. Abschn. 290.

Tit. 25—30. Von der unbelohnten und belohnten Verwahrung von Gegenständen, vom Mieth- und Leihcontracte. Das jüdische Recht befolgt, auf Grund des mosaischen Gesetzes (2. Buch Mos. 22, 6) ein eigenthümliches System, unter welches es Verwahrung für und ohne Miethgeld der Personen sowohl als Sachen, die loc. cond. operarum und operis, endlich auch den Leihcontract zieht. Größtentheils dürfte es, namentlich was die Verwahrung anlangt, mit dem Schwinden eines patriarchalischen Zeitalters, wohl unpractisch geworden sein.

Tit. 31, 32. Von Diebstahl, Raub und Erpressung. Hier gelten allenthalben die Staatsgesetze. Sehr strenge war hierin das jüdische Recht selbst, welches ausdrücklich alle diese Verbrechen, auch wenn sie gegen einen Nichtjuden verübt wurden, als solche ansah, zu einer Zeit, wo in der christlichen Welt der Grundsatz galt, Ketzern und Ungläubigen ist

kein Glauben halten. Hier ist indeß mehr vom Schadenersatze, mithin vom Civilpunkte dieser verbrecherischen Handlungen die Rede.

Tit. 33—35. Vom Schadenersatze im allgemeinen, über Beraub und Verleumdung (in civilrechtlicher Hinsicht) und über den durch Vieh angerichteten Schaden. Die Grundsätze hierüber sind auf die mosaischen Gesetze gestützt und mit denen der actio de pauperie und ähnlichen Schädenklagen gar nicht vergleichbar.

Tit. 36. Von Real- und Verbalinjurien. Auf die geringste Realinjurie stand früher Bann und Züchtigung. Bei Verwundungen, welche Schaden oder Kosten verursachen, müssen Heilungslohn und Schmerzensgeld entrichtet werden. Das letztere tritt an die Stelle der in der mosaischen Gesetzgebung angedrohten — wohl nie zur Ausführung gekommenen — Wiedervergeltung. Es dürfte übrigens kein Recht geben, welches die Frauenehre und die Keuschheit so hoch stellt, als das jüdische. Das mosaische Gesetz bestraft die Unkeuschheit eines Mädchens im elterlichen Hause, wenn sie nach der Verheurathung entdeckt und gerügt worden, mit dem Tode. Im Abschn. 425 wird ausdrücklich verordnet, daß seit der Zerstörung Jerusalems Niemand durch das (jüdische) Gericht mit Todesstrafe, Geißelung, Ausweisung oder sonstiger körperlicher Strafe belegt werden kann, nur der Bann und die Absonderung von der Gemeinde steht dem Richter noch zu; ob wegen der Staatsgesetze oder aus Mangel eines eigenen Staates ist nicht erörtert. Wenn man das letztere annimmt, so wäre damit das oben erwähnte, nach dem Untergange des Staates wieder auftauchende Synedrium doch nicht als ein mit der Macht des früheren — einer Staatsbehörde — bekleidete zu betrachten. Es entspricht auch dieser Grundsatz dem Sinne der Gesetzesstelle 5. Buch Mos. 17 flg.

Im Eben-Haeser (Vol. 4 des Codex) ist das Eherecht in folgenden Titeln, von welchen die noch heutzutage fast allenthalben in gewisser Rücksicht giltigen Bestimmungen über Eingehung und Trennung der Ehe eine ausführliche Abhandlung verdienen, zu finden.

I. Von der Eingehung der Ehe.

Tit. 1. Von der Fortpflanzung (Abschn. 1—6). Die Ehe, als Mittel der Fortpflanzung, wird dem Manne zur Pflicht, und auf die Sünde des Cölibates aufmerksam gemacht. Die nach mosaischem und früherem jüdischen Rechte gestattete Bigamie wird durch einen allgemeinen Bann des R. Gerson (eines Rabbinen aus Metz im 11. Jahrh. n. Chr.) abgeschafft[17].

Die Rechtsregel: pater est quem iustae nuptiae demonstrant, gilt auch im jüdischen Rechte, und zwar besteht diese Präsumtion vom Ende des 6. bis zu Ende des 12. Monats der möglichen Schwangerschaft.

---

17) Wenn schon das Gebot der Ehe eine lex imperfecta bleibt, so hat es doch bei den Israeliten in ihrem Staate dadurch so tief Wurzel gegriffen, daß selbst die Priester und der Hohepriester diese Pflicht auf sich hatten, und noch heutzutage es ungern gesehen wird, wenn der Rabbiner einer Gemeinde unverheurathet ist.

Die übrigen in diesem Titel angegebenen Verordnungen scheinen unpractisch geworden zu sein, z. B. das mosaische Verbot der Eingehung der Ehe eines Priesters mit einer Geschiedenen, da die Bedeutung des Priesterstandes aufgehört hat, u. a. m.

Tit. 2. Ueber verbotene Ehen (Abschn. 7—25). Unter diesem Namen sind vier Gattungen von Eheverboten begriffen. 1) Einige nicht mosaische — so die Ehe mit einer Frau, welcher bereits zwei Männer nach einander verstorben sind — mit gar keinem oder blos mit einem Vermögensnachtheile für die Frau verbundene. 2) Andere, welche aus öffentlichen Rücksichten nicht gestattet werden, z. B. die Wiederverheurathung einer Geschiedenen und anderweit Verheuratheten mit ihrem ersten Manne (nach mosaischem Gesetz), wobei jedoch keine Scheidung eintritt; die Verehelichung mit einer des Ehebruches Verdächtigen, einer schwangeren oder ihren Mann noch nicht neunzig Tage überlebenden Wittwe u. s. w., wobei derselbe Erfolg eintritt. 3) Diejenigen Ehen, welche aus Verwandtschaftsnähe verboten sind, jedoch nur durch den Talmud; hier tritt gesetzliche Scheidung ein. 4) Dergleichen vom mosaischen Gesetz verbotene Ehen, welche Nullität erzeugen und keiner Scheidung bedürfen. Zu 3) gehören a) die Großmutter und die noch entfernteren weiblichen Ascendenten von Mutterseite; b) die Großmutter von Vaterseite und die noch entfernteren Ascendenten; c) die Frau des Großvaters von väterlicher Seite und weiter in der aufsteigenden Linie; d) desgleichen von mütterlicher Seite (nach Einigen auch die entfernteren Grade, und so heiligt es die Praxis); e) Mutterbruders Frau; f) Urenkel; g) Stiefurenkel; h) Urgroßeltern und seiner Frau Ascendenten; i) der Enkel Ehegatte. (Die Bruder- oder Schwestertochter zu heurathen ist eine Wohlthat.) Unter 4) sind begriffen a) die Eltern und Stiefeltern (im Codex heißt es wörtlich nach dem Buchstaben des mosaischen Gesetzes: Vaters Frau, es werden aber wohl diese verbotenen Grade auch auf das weibliche Geschlecht ausgedehnt; b) Vaterbruders Frau; c) die Schwester, wozu nicht allein die Halbschwester, sondern auch die natürliche Schwester gerechnet wird, ausgenommen wenn die letztere vom Vater mit einer Sclavin oder Nichtjüdin erzeugt worden ist (dem mosaischen Gesetze gemäß folgen diese nämlich der Mutter; der Talmud widerspricht dem geradezu). (Schon hieraus ergibt sich, daß nach jüdischem Rechte Ehen zwischen Christen und Juden nicht verboten sind); d) Enkel; e) die Schwiegermutter und deren Mutter und die Mutter des Schwiegervaters; f) Vater- oder Mutterschwester (ebenfalls Halbschwester); g) die Frau des Vaterbruders; h) Schwiegerkinder; i) des Bruders Frau. Abschn. 15.

Wer mit einer Nichtjüdin die Ehe eingegangen, soll, nach Einiger Meinung, gegeißelt werden, nicht so nach Anderer Meinung. Daß die Ehe hier geradezu verboten wäre, ist nirgends zu ersehen, und das Nichteingehen einer gemischten Ehe jüdischerseits mag wohl und zwar im Staate wegen der Befürchtung der Verführung zur Abtrünnigkeit, nach dieser Zeit aber wegen der gegenseitigen Abneigung nur zum consequenten Gewohnheitsrechte sich ausgebildet haben; sie war in Einem

kein Glauben halten. Hier ist indeß mehr vom Schadenersatze, mithin vom Civilpunkte dieser verbrecherischen Handlungen die Rede.

Tit. 33—35. Vom Schadenersatze im allgemeinen, über Betrug und Verleumdung (in civilrechtlicher Hinsicht) und über den durch Vieh angerichteten Schaden. Die Grundsätze hierüber sind auf die mosaischen Gesetze gestützt und mit denen der actio de pauperie und ähnlichen Schädenklagen gar nicht vergleichbar.

Tit. 36. Von Real- und Verbalinjurien. Auf die geringste Realinjurie stand früher Bann und Züchtigung. Bei Verwundungen, welche Schaden oder Kosten verursachen, müssen Heilungslohn und Schmerzensgeld entrichtet werden. Das letztere tritt an die Stelle der in der mosaischen Gesetzgebung angedrohten — wohl nie zur Ausführung gekommenen — Wiedervergeltung. Es dürfte übrigens kein Recht geben, welches die Frauenehre und die Keuschheit so hoch stellt, als das jüdische. Das mosaische Gesetz bestraft die Unkeuschheit eines Mädchens im elterlichen Hause, wenn sie nach der Verheurathung entdeckt und gerügt worden, mit dem Tode. Im Abschn. 425 wird ausdrücklich verordnet, daß seit der Zerstörung Jerusalems Niemand durch das (jüdische) Gericht mit Todesstrafe, Geißelung, Ausweisung oder sonstiger körperlicher Strafe belegt werden kann, nur der Bann und die Absonderung von der Gemeinde steht dem Richter noch zu; ob wegen der Staatsgesetze oder aus Mangel eines eigenen Staates ist nicht erörtert. Wenn man das letztere annimmt, so wäre damit das oben erwähnte, nach dem Untergange des Staates wieder auftauchende Synedrium doch nicht als ein mit der Macht des früheren — einer Staatsbehörde — bekleidete zu betrachten. Es entspricht auch dieser Grundsatz dem Sinne der Gesetzesstelle 5. Buch Mos. 17 flg.

Im Eben-Haeser (Vol. 4 des Codex) ist das Eherecht in folgenden Titeln, von welchen die noch heutzutage fast allenthalben in gewisser Rücksicht giltigen Bestimmungen über Eingehung und Trennung der Ehe eine ausführliche Abhandlung verdienen, zu finden.

I. Von der Eingehung der Ehe.

Tit. 1. Von der Fortpflanzung (Abschn. 1—6). Die Ehe, als Mittel der Fortpflanzung, wird dem Manne zur Pflicht, und auf die Sünde des Cölibates aufmerksam gemacht. Die nach mosaischem und früherem jüdischen Rechte gestattete Bigamie wird durch einen allgemeinen Bann des R. Gerson (eines Rabbinen aus Metz im 11. Jahrh. n. Chr.) abgeschafft[17].

Die Rechtsregel: pater est quem iustae nuptiae demonstrant, gilt auch im jüdischen Rechte, und zwar besteht diese Präsumtion vom Ende des 6. bis zu Ende des 12. Monats der möglichen Schwangerschaft.

---

17) Wenn schon das Gebot der Ehe eine lex imperfecta bleibt, so hat es doch bei den Israeliten in ihrem Staate dadurch so tief Wurzel gegriffen, daß selbst die Priester und der Hohepriester diese Pflicht auf sich hatten, und noch heutzutage es ungern gesehen wird, wenn der Rabbiner einer Gemeinde unverheurathet ist.

Die übrigen in diesem Titel angegebenen Verordnungen scheinen unpractisch geworden zu sein, z. B. das mosaische Verbot der Eingehung der Ehe eines Priesters mit einer Geschiedenen, da die Bedeutung des Priesterstandes aufgehört hat, u. a. m.

Tit. 2. Ueber verbotene Ehen (Abschn. 7—25). Unter diesem Namen sind vier Gattungen von Eheverboten begriffen. 1) Einige nicht mosaische — so die Ehe mit einer Frau, welcher bereits zwei Männer nach einander verstorben sind — mit gar keinem oder blos mit einem Vermögensnachtheile für die Frau verbundene. 2) Andere, welche aus öffentlichen Rücksichten nicht gestattet werden, z. B. die Wiederverheurathung einer Geschiedenen und anderweit Verheuratheten mit ihrem ersten Manne (nach mosaischem Gesetz), wobei jedoch keine Scheidung eintritt; die Verehelichung mit einer des Ehebruches Verdächtigen, einer schwangeren oder ihren Mann noch nicht neunzig Tage überlebenden Wittwe u. s. w., wobei derselbe Erfolg eintritt. 3) Diejenigen Ehen, welche aus Verwandtschaftsnähe verboten sind, jedoch nur durch den Talmud; hier tritt gesetzliche Scheidung ein. 4) Dergleichen vom mosaischen Gesetz verbotene Ehen, welche Nullität erzeugen und keiner Scheidung bedürfen. Zu 3) gehören a) die Großmutter und die noch entfernteren weiblichen Ascendenten von Mutterseite; b) die Großmutter von Vaterseite und die noch entfernteren Ascendenten; c) die Frau des Großvaters von väterlicher Seite und weiter in der aufsteigenden Linie; d) desgleichen von mütterlicher Seite (nach Einigen auch die entfernteren Grade, und so heiligt es die Praxis); e) Mutterbruders Frau; f) Urenkel; g) Stiefurenkel; h) Urgroßeltern und seiner Frau Ascendenten; i) der Enkel Ehegatte. (Die Bruder- oder Schwestertochter zu heurathen ist eine Wohlthat.) Unter 4) sind begriffen a) die Eltern und Stiefeltern (im Codex heißt es wörtlich nach dem Buchstaben des mosaischen Gesetzes: Vaters Frau, es werden aber wohl diese verbotenen Grade auch auf das weibliche Geschlecht ausgedehnt; b) Vaterbruders Frau; c) die Schwester, wozu nicht allein die Halbschwester, sondern auch die natürliche Schwester gerechnet wird, ausgenommen wenn die letztere vom Vater mit einer Sclavin oder Nichtjüdin erzeugt worden ist (dem mosaischen Gesetze gemäß folgen diese nämlich der Mutter; der Talmud widerspricht dem geradezu). (Schon hieraus ergibt sich, daß nach jüdischem Rechte Ehen zwischen Christen und Juden nicht verboten sind); d) Enkel; e) die Schwiegermutter und deren Mutter und die Mutter des Schwiegervaters; f) Vater- oder Mutterschwester (ebenfalls Halbschwester); g) die Frau des Vaterbruders; h) Schwiegerkinder; i) des Bruders Frau. Abschn. 15.

Wer mit einer Nichtjüdin die Ehe eingegangen, soll, nach Einiger Meinung, gegeißelt werden, nicht so nach Anderer Meinung. Daß die Ehe hier geradezu verboten wäre, ist nirgends zu ersehen, und das Nichteingehen einer gemischten Ehe jüdischerseits mag wohl und zwar im Staate wegen der Befürchtung der Verführung zur Abtrünnigkeit, nach dieser Zeit aber wegen der gegenseitigen Abneigung nur zum consequenten Gewohnheitsrechte sich ausgebildet haben; sie war in Einem

Worte ungern gesehen, jedoch hat nie ein förmliches Verbot dagegen gesetzlich existirt. Moses soll nach der Bibel eine Cussitin (Aethiopierin) und von den aus der babylonischen Gefangenschaft sollen Viele ausländische Töchter zu Frauen gehabt haben. Bei beiden Gelegenheiten ist ein Scheelblick auf diese Verbindung geworfen, die Scheidung aber nicht veranlaßt worden. Mit dem Verschwinden der angeführten Gründe nun hat sich jetzt auch der Scheelblick verloren und es kann somit jüdischerseits kein Anstoß mehr an gemischten Ehen zwischen Christen und Juden genommen werden. Auch ist ein solches seit Anregung dieser Frage von den letzteren nie ausgesprochen worden, und in Frankreich gibt es eine ziemliche Anzahl solcher des canonischen Rechtes halber nothwendiger Civilehen [18]).

Die Gesetze über die Wiederverheurathung der Frau eines Verschollenen sind nach jüdischem Rechte nicht sehr strenge, indem namentlich auf ihre eigene Aussage hin eine Wiederverheurathung ohne weiteres stattfinden kann, ausgenommen wenn ihr Mann in den Krieg gegangen ist, oder die Eheleute in Unfrieden mit einander gelebt haben.

Tit. 3. Von dem Verlöbniß und der Trauung (Abschn. 26—65). Im allgemeinen hier die Vorbemerkung, daß die heutige jüdische Ehe von der nach mosaischen Gesetzen ganz verschieden ist. Sie theilt jedoch mit derselben noch die rechtliche Natur im allgemeinen, indem so wie dort sie auch jetzt noch an sich vollkommen ins Civilrecht gehört. Die in späteren Zeiten noch hinzugefügte kirchliche Weihe, die darauf bezüglichen, der Gleichheit der Ehen unter den verschiedenen Confessionen halber eingeführten landesgesetzlichen Verordnungen, namentlich auch die in vielen Staaten Teutschlands vorgeschriebene Nothwendigkeit der Trauung durch die Rabbiner oder von ihnen dazu genehmigten Stellvertreter, endlich auch die großentheils von den ersteren, hier und da mit Zustimmung des Staates, getroffene Einrichtung, daß sie nur in der Synagoge den Act der Trauung vornehmen, konnten und können jene innere bürgerliche Natur der jüdischen Ehe nicht aufheben. —

Das mosaische Gesetz enthält gar keine Bestimmung für die Vollziehung der Ehe; am wenigsten bedurfte es eines vorhergehenden Verlöbnisses. Scheint nun auch eine Stipulation und ein sinnbildlicher Act zu deren Bekräftigung — das Geben und Empfangen einer Münze oder eines Verlobungsscheines — seit uralten Zeiten Sitte gewesen zu sein, so genügte doch jedenfalls die natürliche Vollziehung der Ehe, nach gegenseitigem Einverständniß, um dieselbe für geschlossen zu achten.

---

18) Es ist mithin unrichtig, wenn ein Abgeordneter der 1. Kammer in der im J. 1848 entlassenen k. sächs. Ständeversammlung die Starrheit der Juden rügte, welche Ehen mit Christen nicht eingehen wollten. Die Praxis hat dieß thatsächlich widerlegt, wo es ihnen von Staatswegen gestattet wird; wo dieß aber nicht der Fall, da ist jedenfalls nur das gemeine oder particularrechtliche Verbot bei Strafe der Nichtigkeit strenger als das jüdische Gesetz, welches ein solches nicht geradezu ausspricht und keineswegs je eine solche Ehe für null erklärt. Man vgl. übrigens sowohl die allgemeinen als die spanischen Concilien bis ins 6. Jahrh., wo die unablässige Wiederholung dieses strengen Verbotes Zeuge von dessen öfterer Uebertretung ist.

Das spätere talmudische Recht erklärte zwar diese letztere Art nicht für ungiltig, verbot sie aber strenge. Es setzte jedoch dabei fest, daß vor der Trauung ein Verlöbniß erstens durch Hingabe von Geld oder Geldeswerthe an die zu Verlobende, zweitens durch einen Verlöbnißschein der Trauung vorangehen müßte. Die Trauung selbst geschah durch eine Zusammenkunft unter dem Trauhimmel (oder im Brautgemache, im letzteren Falle jedoch außerhalb der früheren Wohnung der Vermählten). So war der Trauungsact eigentlich nur eine Ergänzung des Verlöbnisses und schon die Verlobte (Arussa) bedurfte eines Scheidebriefes, wenn die Trauung nicht vollzogen werden sollte. Dem Verlöbniß selbst sollte jedoch — so ward späterhin verordnet — ein Antrag vorausgehen.

Heutzutage kennt man jene Art der Verlobung, wenigstens in Europa, nicht mehr. Eine Verlobte (Braut) wird diejenige genannt, von welcher der Antrag zur Ehe genehmigt worden ist; die Einwilligung des Vaters ist nach jüdischen Gesetzen nicht unbedingt nöthig, sobald die Braut mündig ist, eine Unmündige (bis zu 12½ Jahr des Lebensalters) dagegen kann derselbe, kraft der väterlichen Gewalt, eigenmächtig verheurathen. Die letzteren Bestimmungen fallen jedoch in Folge der Staatsgesetze jedenfalls hinweg. Es wird dann gewöhnlich ein Verlöbnißcontract in duplo gefertigt, in welchem für den Rücktritt ohne genügenden Grund in der Regel eine Conventionalstrafe (Kenaß, daher der eigentliche Act der Verlobung Kenaßlegen genannt wird) festgesetzt ist, die jedoch selten eingeklagt wird. So hat das heutige Verlöbniß mit dem altjüdischen, also auch mit der eigentlichen Ehe nichts gemein. Der Verlobungscontract wird von den Parteien, in der Regel den Vätern der Verlobten, und von zwei Zeugen, gewöhnlich den Gemeindebeglaubigten, unterschrieben.

Der Trauungsact wird vollzogen — und hierdurch wird die Ehe perfect — indem der Bräutigam der Braut unter dem Trauhimmel (einer Decke auf 4 Stangen ausgespannt) in Gegenwart von zwei Zeugen Geld oder Geldeswerth (von einer Perutah 1⅛ Pf.), heutzutage gewöhnlich einen Trauring (dessen Mangel aber keine Ungiltigkeit erzeugt) überreicht, den Ring an den Finger steckt, mit den Worten: hierdurch (gewöhnlich durch diesen Ring) sollst du mir angetraut sein nach dem Gesetze Mosis und Israels. Bei einem Becher Wein wird der Gottheit für das Geschenk der Liebe und Freude gedankt, und hierauf der Ehecontract und die für den Fall der Scheidung oder des Wittwenstandes ihr vom Manne zu gewährende Verschreibung (Ketubah) verlesen. Gewöhnlich unterschreiben die Brüder des Bräutigams für die Braut einen Chalizabrief, worin sie sich verpflichten, beim Tode ihres Bruders sie nach dem Gesetze der Bruderehe nicht in Anspruch zu nehmen. Im wirklichen Todesfalle geschieht jedoch noch das verordnete Schuhausziehen (s. unten). Allgemeiner Gebrauch ist es jetzt, daß ein Schriftgelehrter, in einigen Staaten der Rabbiner oder ein von ihm dazu Bevollmächtigter den Act der Trauung vornimmt, d. h. unter dem Trauhimmel gegenwärtig ist, das Lob beim Weine spricht, die obigen Worte dem Bräutigam zum Nachsprechen vorsagt und endlich den Ehecontract und die Verschreibung abliest. So lange indeß Staatsgesetze nicht diese neuerdings für unver-

bräuchlich anerkannten Gebräuche (mit zwei Worten: Chuppa [Trauhimmel] Wekiduschin [und Ehelichung] genannt) feststellen, dürfte leicht der Fall vorkommen, daß eine mit viel weniger Ceremonien geschlossene Ehe für giltig anerkannt werden müßte, da das neuere jüdische Recht nichts zur Bedingung macht als Trauhimmel und Darreichung eines Gegenstandes. — Schon oben wurde erwähnt, daß die Rabbiner sich zuweilen weigern, eine Trauung außerhalb der Synagoge vorzunehmen, um dem Acte mehr Feier zu verleihen. Hier und da, wo das Aufgebot zur Pflicht gemacht ist, wie in Preußen und Oesterreich, bedarf es eines vorhergehenden dreimaligen Aufgebotes auch bei jüdischen Ehen. — Eine Ehe durch Procuratur vorzunehmen, ist auch nach dem neuesten jüdischen Rechte (Abschn. 35) gestattet. Heutzutage kommt sie wohl nicht vor. Für ungiltig kann sie vorkommenden Falles nicht erklärt werden, sobald die Staatsgesetze nichts vorher bestimmt haben. — Ueber die Mündigkeit, welche das jüdische Recht Seiten des Bräutigams verlangt (das vollendete 13. Lebensjahr) bestimmen jetzt ebenfalls für beide Theile die Staatsgesetze.

Mit dem Trauungsacte ist die Ehe vollzogen.

Der Ehecontract enthält außer einer kurzen Geschichtserzählung und stehenden Phrasen die Summe der Mitgift, der Verschreibung (Ketuba) und ihrer Vermehrung, welche der Mann der Frau für seinen Todesfall festsetzt, die Versprechungen der Eltern von beiden Seiten, namentlich aber auch oft die Festsetzung über die Rückgabe der ganzen oder eines Theiles der Mitgift an ihre Erben, oder ob, wenn die Frau z. B. im dritten Jahre verstürbe, der Mann sie ganz beerbe (nach jüdischem Rechte ist das letztere stets der Fall). Bei Auflösung der Ehe im ersten oder zweiten Jahre gelten besondere Bestimmungen, welche dem Gewohnheitsrechte der Gemeinden Speier, Mainz und Worms nachgebildet sind.

Tit. 4. Von der Morgengabe (*Abschn. 66—118*). Man würde diesen Titel besser überschreiben: von den Rechten und Pflichten der Eheleute. In sittlicher Hinsicht hat sich das überwiegende Verhältniß des Mannes zur Frau, wie es im Oriente, auch im mosaischen Rechte gebräuchlich war, im jüdischen Rechte nicht erhalten. Denn nicht allein ist die sittliche Würde der Frau anerkannt, sondern es gilt auch mit Rücksicht auf den Lebensunterhalt, welchen der Mann ihr zu reichen verbunden ist, der Grundsatz: die Frau steigt mit dem Manne, fällt aber nicht mit demselben, mit anderen Worten, sie verliert die Vorzüge ihres Standes nicht, obgleich sie an denen des Mannes Theil nimmt. Auch scheint Sitte, Gesetz und Recht einen höchst wohlthätigen Einfluß hier geübt zu haben, da jüdische Ehen an Einigkeit und Familienglück die der meisten anderen Confessionen übertreffen und namentlich Scheidungen, trotz der gerade im jüdischen Rechte zahlreichen Gründe, welche sie herbeiführen können, äußerst selten sind. Dagegen hat sich die orientalische Suprematie des Mannes auf dem Gebiete der Rechte des Mannes an dem Vermögen der Frau noch erhalten. Diese interessiren uns hier zunächst, während die übrigen Pflichten der Eheleute untereinander mehr die vernunftgemäßen sind, wie alle civilisirten Völker sie kennen.

Die Güter der Ehefrau nämlich bestehen im Brautschatze,

h: ihrem Einbringen bei Eingehung der Ehe zum Zwecke derselben
los) und in demjenigen, was sie außerdem zu dieser Zeit eigenthümlich
sitzt oder während der Ehe noch erwirbt (parapherna). Die zu jenem
nd diesem Vermögen gehörigen Gegenstände zerfallen in Güter des
isernen Viehes (Baarschaften und Waaren) — deren Früchte zwar
er Mann genießt, welche er aber nach aufgehobener Ehe nach ihrem
ollen Werthe erstatten muß, während er die liegenden Gründe selbst
nit Einwilligung der Frau, gewisse Fälle ausgenommen, nicht veräußern darf
— und Raufgüter, für deren Gefahr und unverletzten Zustand er
icht zu stehen hat, so daß er nur das bei Auflösung der Ehe davon zu
statten verbunden ist, was von diesem Gute noch vorhanden. — Es
t der Mann aber auch Universalerbe der Frau, die ihr außen-
ehenden Schulden, Hypotheken und Anwartschaften auf Vermögens-
echte ausgenommen. Dagegen erbt die Wittwe nur das aus dem Ver-
mögen ihres verstorbenen Ehemannes, was ihr in der Eheverschreibung
Ketuba) oder in seinem letzten Willen ausgesetzt worden ist, und auch
ieß erst nach Leistung des sogen. Wittweneides.

Tit. 5. Von der Scheidung (Abschn. 119—154). Das jü-
dische Recht spricht in der Regel nur von einer Scheidung Seiten des
Mannes, und kann die Frau eine solche nur in wenigen Fällen, nament-
lich wegen unrechtmäßiger Verweigerung der ehelichen Pflicht, beantragen.
Freiwillige Scheidung ist nicht verboten. Nach mosaischem Rechte scheint
keine besondere Procedur bei der Scheidung nöthig zu sein. Auch sind
dort die Gründe, wegen welcher der Mann den Scheidebrief geben konnte,
und zwar auch ohne Einwilligung der Frau, nicht gehörig im Buchstaben
jenes Gesetzes erörtert (5. Buch Mos. 24, 1). Nach späterem jüdischen
Rechte bilden Unfruchtbarkeit nach 10 Jahren der eingegangenen Ehe,
körperliche, während der Ehe entstandene oder geoffenbarte Gebrechen —
wenn solche auch dem Zwecke der Ehe nicht hinderlich sind — und schlechte
Sitten die Gründe der Scheidung. Neuerdings sind Sühneversuche bei
den Rabbinern schon jüdischerseits und ein Verfahren eingeführt, welches
mit der Gestattung der Scheidung durch dieselben endet. Die Schei-
dung selbst geschieht aber erst durch die genaue Uebergabe des, mit der
größten Aufmerksamkeit, ohne Fehler irgend einer Art ge- und von zwei
Zeugen unterschriebenen Scheidebriefes (Get) in die Hände der Frau. Am
Schlusse desselben müssen namentlich die Worte stehen: es soll Gegen-
wärtiges sein ein Entlassungs-Get nach dem Gesetze Mosis und Israels.
— In allen teutschen Staaten gehören jüdische Ehe- und Scheidungs-
prozesse vor die competenten Staatsgerichte. Doch wird noch in manchen
das jüdische Recht dabei berücksichtigt, so ausdrücklich z. B. in Oester-
reich.

Ueber eine unmündig Verheurathete. Sie kann den
Mann ohne Scheidebrief verlassen. In Teutschland ist dieß Antiquität
geworden, nicht aber in Polen.

Tit. 6. Von der Chaliza (Abschn. 169—176). Die Ceremonie
des Schuhausziehens, welche trotz der weggefallenen, vielleicht (nach Zunz)
nie stattgehabten, Bruderehe noch jetzt vor sich gehen muß, besteht darin,

daß vor einem jüdischen, aus drei Personen bestehenden Religionsgerichte die kinderlose Wittwe dem ältesten Bruder ihres verstorbenen Ehemannes einen nach vorgeschriebener Sandalenform gefertigten Schuh auszieht unter den vorgeschriebenen wechselseitigen Aussprüchen der Parteien und des Gerichts. Vgl. 5. Buch Mos. 25, 5—10.

Tit. 7. Von der Nothzucht und dem Ehebruche (Abschn. 177, 178). Ist Antiquität geworden, da die Staatsgesetze gelten.

Was den jüdischen Prozeß betrifft (vorzüglich zu finden im Choschen-Hamischpat Tit. 1 von den Richtern, Tit. 3 von den Parteien und Tit. 4 vom gerichtlichen Eide, worin auch von den Zeugen gehandelt wird), so war ein geordneter Richterstand nur während des Bestehens des jüdischen Staates vorhanden, in welchem ein Instanzenzug jedenfalls statt hatte, da das Synedrium nicht allein gesetzgebende, sondern auch oberstrichterliche Behörde war. Ueber die Ordnung des Gerichtes und des Verfahrens selbst indessen haben wir keine ganz genaue Kunde. Heutzutage ist das letztere großentheils geordnet, wenn es schon nach unseren Begriffen als ein tumultuarisches angesehen werden kann. a) Ein Richtercollegium soll aus drei rechtsgelehrten Personen bestehen, und auf der Gerichtsstelle sollen ein Richterstuhl, ein Riemen (zur Züchtigung) und ein Horn, um die Contumaz (welche im Civil- wie im Criminalrechte unter den Bann einbegriffen scheint) zu verkünden, befindlich sein. Die Zeit der Abhaltung des Gerichtes (bei hellem Tage und nicht an Festen), die Eigenschaften der Richter u. s. f. sind genau bestimmt. b) Im Verfahren, wobei von Einrichtung der Klage oder der Antwort auf dieselbe nicht weitläufig die Rede ist, wohl aber von der Citation mit großer Genauigkeit gehandelt wird, ist nur der zwei Beweismittel des Eides und der Zeugen hier zu gedenken, da beide eine ausgebreitete Anwendung leiden und die Bestimmungen darüber bis ins genaueste Detail verfolgt worden, auch auf die Staatsgesetze von Einfluß sind. Der Eid wird in Haupt- (mosaisch-gesetzlichen) und Nebeneid (talmudisch- und rabbinisch-gesetzlichen) eingetheilt. Obgleich auch nach jüdischem Rechte der Gebrauch desselben nicht erschwert ist, so waren doch der Umstand, daß der Name Gottes dabei angerufen wird und die damit verbundene Heiligkeit (nach Ch.-M. Tit. 1, Abschn. 27, §. 1, sollte derjenige, der sich bei einem Fluche des Namens, womit auch die Nichtjuden Gott anrufen, bedient, mit Geißelzucht belegt werden), so wie die feierliche Ceremonie Grund genug, den Eid gern zu vermeiden, was auch noch heutzutage von den Juden gerühmt wird. Je nach Verschiedenheit des Falles sagte entweder der Richter den Eid vor: Wir beschwören dich, daß u. s. w., worauf der Schwörende nur Amen! sagte; oder der Schwörende sagte selbst: ich schwöre bei dem Namen des Gottes Israels, oder bei dem, dessen Name barmherzig, heilig, gnädig ist, daß u. s. w. Voraus ging richterliche Admonition über die Heiligkeit des Eides und Warnung gegen Mentalreservation, wobei die Worte gesprochen wurden: Wisse, daß die ganze Welt gezittert hat in dem Augenblicke, wo der Heilige, gepriesen sei Er! sprach: Du sollst den Namen des Herrn, deines Gottes, nicht mißbrauchen! (In Sachsen ist diese Ermahnung durch den jüdischen Ge-

lehrten in das Gesetz über den jüdischen Eid — doch nicht als unerläßliche Bedingung — für den Fall, wo das Streitobject causa maior ist, mit aufgenommen.)

Von den Zeugen ist nur zu erwähnen, daß zwei großjährige (13 Jahre alte), unverdächtige Zeugen einen vollkommenen Beweis bilden, welcher nur durch die entgegengesetzte Aussage zweier eben so beschaffenen Zeugen umgestoßen werden kann. Die schärfste Prüfung derselben über ihre Wissenschaft und ihre vollkommene Uebereinstimmung in materieller Hinsicht wird ausdrücklich verlangt. Die Aussage eines Zeugen, durch suppletorischen Eid einer Partei ergänzt, kommt eben so wie ein Purgatorium vor. Ausdrücklich anbefohlen wird es den Juden, sobald sie beweisen können, auch beim nichtjüdischen Gerichte für einen Nichtjuden zu zeugen zur Ehre der Wahrheit und des Namens Gottes.

Soll man schließlich Haupteigenthümlichkeiten der Verschiedenheit des jüdischen Rechtes (im weiteren Sinne) von dem römischen, teutschen ja den meisten Rechten civilisirter Völker bezeichnen, so wäre es 1) in formeller Hinsicht eine ausgedehnte, die des römischen Rechtes gewiß noch übertreffende, durch die Art der Verhandlung auf talmudischen Hochschulen hervorgerufene, Casuistik und der fast überall zu verspürende Mangel von Hauptgrundsätzen. In der späteren Zeit findet man dieselbe von den französischen, teutschen und namentlich polnischen Juden noch mehr ausgebildet, während die maurischen und asiatischen Lehrer, als mehr mit den Wissenschaften und der Philosophie befreundet, einen rühmlichen Gegensatz bilden. 2) In materieller Beziehung eine vorherrschende bona fides, namentlich eine Präsumtion der Redlichkeit — vorzüglich zur Ausschließung der Zeugen- und der Verpflichtungseide — und eine äußerste Seltenheit des bei uns so häufigen Erfüllungs- oder Reinigungseides, welcher letztere nur dann eintritt, wenn das Gegentheil ziemlich erwiesen ist. Aus diesem Grundsatze hat sich wiederum eine Eigenthümlichkeit des jüdischen Prozesses gebildet in dem Institute des Migo — wörtlich: weil, deutlicher: die Rechtsregel des Zuhilfekommens einer möglichen besseren Angabe. Es wird nämlich einem im Rechtsstreite Begriffenen, namentlich dem Beklagten, mehr als sonst geglaubt — weßhalb auch nicht einmal ein Eid ihm zuerkannt wird — wenn er etwas zu seinem größeren oder geringeren Schaden angibt, während er eben so leicht Anderes behaupten konnte, was ihm zum Nutzen gereicht. Fälle der Art kommen z. B. im Ch.-M. Abschn. 72 und 135 vor. Wenn nun auch diese sonderbare Einrichtung oft nur als das Product einer geschraubten Sophistik erscheint, so läßt es sich doch nicht leugnen, daß sie, so wie die erwähnte durchgehende Präsumtion der Redlichkeit, doch immer in einer vorherrschenden wirklichen Redlichkeit und Sittlichkeit der Juden wurzeln mußte.

Es bedarf nun noch einer Beantwortung der Frage, welcher selten, und in den teutschen Particulargesetzen wohl nie hinreichend vorgesorgt worden ist: wie es in den Fällen der Collision des jüdischen mit dem vaterländischen Rechte zu halten sei? Die Thatsache steht fest, daß in Teutschland und in den meisten civilisirten Staaten —

Rußland und Polen zum Theil ausgenommen — vom jüdischen Rechte und Prozesse gar nicht und nur ausnahmsweise in streng rituellen, vom Staate als religiösen anerkannten Fällen die Rede sein kann, also nur bei Eingehung und Scheidung der Ehe, wo bei letzterer noch der Schlußact der Scheidung, Uebergabe des Scheidebriefes, sobald das competente Gericht die Scheidung ausgesprochen hat, vor dem Rabbiner vorgenommen werden und dieser denselben wohl unterschreiben muß. Bei der Eingehung aber sowohl als bei der Auflösung der Ehe kommen Collisionsfälle vor. Bei ersterer wird der Unterschied der Bestimmungen hinsichtlich der Verwandtschaftsnähe nicht von Gewicht sein. Denn höchstens erlaubt das jüdische Recht hier eine Ehe, wo nach dem Kirchen- oder Landesrechte Dispensation nöthig ist, z. B. die Ehe zwischen Onkel und Nichte. Es braucht also nichts als die Dispensation wegzufallen. Schärfer wird der Unterschied hinsichtlich des Vermögensrechtes, wo jedoch gewiß die Staatsgesetze Platz greifen müssen, also auch bei den Rechten der Frau wegen des Dotal- und Paraphernalvermögens, so wie wegen ihres Erbrechtes und des der Kinder insbesondre. Da nun in dem Ehecontracte, von welchem oben die Rede war, das jüdische Universalerbrecht des Mannes ausdrücklich für gewisse Fälle anerkannt ist, ja zuweilen selbst mit Hintansetzung der zu erzeugenden Kinder, so versteht es sich zwar, was letzteres betrifft, daß ein Verzicht für dritte Personen gegenüber dem (landes-) gesetzlichen Erbrechte und dem Pflichttheile derselben nicht anzuerkennen ist. Dagegen würden dann wenigstens die Eltern und sonstigen Verwandten der Frau durch diese Urkunde in der Regel beeinträchtigt werden, sobald dieselbe als urkundlicher Verzicht gebraucht wird. Den Contrahenten steht dieß allerdings frei. Besser wäre es aber jedenfalls, wenn die Landesgesetze diese blos in Folge des früher bestandenen jüdischen Rechtes zur Gewohnheit gewordene Ordnung des Erbrechtes, zur Beförderung der Rechtsgleichheit unter den Bürgern, nicht billigten oder doch ihre Folgen und die Möglichkeit ihres Verschwindens, ohne rituelle Urkunden dabei vollkommen aufzuheben, deutlich machten. — Größere Schwierigkeit dürfte die Collision der jüdischrechtlichen Bestimmungen über die Scheidungsgründe mit den landesgesetzlichen machen. Da zwar, wo das jüdische Recht laxere Bestimmungen enthält, würde eine solche leicht zu beseitigen sein, indem die strengeren, im allgemeinen zur Regel dienenden Landesgesetze, entscheiden würden; so z. B. genügt bei längerer Abwesenheit des Mannes in der Regel die bloße, unbescheinigte Nachricht der Frau zu seiner Todeserklärung Seiten des Gerichtes, nach jüdischem Rechte, während die Staatsgesetze sich nirgend damit zufrieden geben. Es kann die Collision jedoch um so eher stattfinden, als ja, wie bereits erwähnt, die Frau nach ersterem Scheidung nur äußerst selten antragen kann, überhaupt aber, auch auf den Antrag derselben, der Mann zur Scheidung in der Regel nicht gezwungen werden kann. Nun ist es zwar ganz angemessen, die Landesgesetze hier vollkommen gelten zu lassen, da einmal die Ehe nach jüdischem Rechte ganz und gar ins Privatrecht gehört, dann aber auch die Scheidungsgründe offenbar auf der mehr untergeordneten Stellung der jüdischen Frau im Oriente beruhen, welche

ei den heutigen europäischen Juden namentlich verschwunden ist. Dennoch würde es die größten Schwierigkeiten bereiten, wenn, nachdem das competente Ehegericht auf Scheidung erkannt hat, die jüdische Cultusbehörde den Scheidebrief aus Gewissensscrupeln nicht schreiben und unterzeichnen lassen will, wodurch die zu Scheidenden außer Stand gesetzt werden, wieder zu heurathen[19]). Daß aber überall — außer in den Fällen der Civilehe — die rabbinische, auf jüdische Scheidungsceremonien sich stützende Autorität hier berücksichtigt werde, folgt aus dem Umstande, daß der Staat auch bei Eingehung der Ehe religiöse Formen erfordert, also auch bis zur Trennung des Bandes den Ritus, die religiösen Gesetze — von seinem Standpunkte aus — anerkennen muß. Wünschenswerth wären daher Bestimmungen über die Scheidungsgründe in den Landesgesetzen, wozu die Ortsrabbiner gewiß Hilfe leisten würden. —

Was die Geschichte der staatsrechtlichen Stellung der Juden seit dem Exil betrifft, so hatte das römische Reich die Juden als seine Bürger vor der Zerstörung des jüdischen Staates gekannt. Deßhalb und weil ihm nicht an Unterdrückung der Zerstreuten, sondern nur an der Demüthigung der gegen seine Herrschaft sich Auflehnenden gelegen war, übte es keine Rache an den Juden, sobald deren Hauptstadt und das Staatscentrum, der Tempel, gestürzt war. Am wenigsten konnte bei dem heidnischen Rom der Glaube einen Einfluß auf den Bürger haben. Daher kam es denn, daß das Patriarchat selbst bis ums Jahr 430 geschützt wurde, dessen Würdenträger sogar den Titel illustres führten und, wie Gamaliel, zu praefectis praetorio ernannt wurden. Staatsämter, die Prätorwürde und Advocatur, befanden sich in ihren Händen, und obgleich das jüdische Recht im allgemeinen ihnen nicht entzogen worden war, erlangten sie dennoch das römische Bürgerrecht. Gemischte Ehen waren allgemein und die Juden genossen sogar das Vorrecht, das beschwerliche Decurionenamt nicht wider ihren Willen bekleiden zu müssen (Juvenal. Sat. 14. v. 99. L. 17. de statu hominum. L. 24. Cod. Theod. de Jud. — Severi epistola in Baronii Annal. Eccles. ad a. 418. n. 47.). Das kirchliche Element gewann jedoch die Oberhand und die Anfeindungen begannen. Constantius verbot die Ehe einer Christin mit einem Juden, den Uebertritt eines Christen zum Judenthume und den von Juden innegehabten Besitz eines christlichen Sclaven. Constantin hob 321 ihre Vorrechte bei Uebernahme des Decurionenamtes auf (L. 3. Cod. Theod. de Jud.). Wie weit aber die Brüderschaft und Verschmelzung der Re-

---

19) Unter der Regierung Friedrich's des Großen war von der competenten höchsten Instanz auf Trennung einer jüd. Ehe erkannt worden, der Rabbiner der betreffenden poln. Gemeinde verweigerte aber auf Grund des jüd. Eherechtes die Vollziehung des Scheidebriefes. Nachdem ihm nun dieselbe bei Geld- und Gefängnißstrafe Seiten des Königs auferlegt worden war, gehorchte er zwar dem Befehle, ließ aber die Urkunde statt mit den Worten: nach dem Gesetze Mosis und Israels, schließen mit den anderen: nach dem Gesetze Fritzen's, Königs in Preußen. Die Scheidung war sonach null und nichtig. Vgl. auch v. Rönne und Simon, die früheren und jetzigen Verhältnisse der Juden des preuß. Staates S. 473 flg., insbesondre das dort erwähnte Justizministerialrescr. v. 28. März 1820.

ligionsparteien gediehen war, zeigen des Kirchenvaters Chrysostomus fanatische Reden, welcher zu Antiochien nicht allein gegen ihr Bürgerrecht eiferte, sondern auch Christen abmahnte, jüdische Festtage mit ihnen zu begehen und ihren jüdischen Frauen den Besuch der Synagoge zu verstatten. Noch sträubte sich jedoch Theodosius gegen solchen Fanatismus seiner Geistlichen und tadelt — freilich ohne Erfolg, denn man begann bereits Synagogen zu verbrennen — sogar im Jahre 398 noch die ungesetzlichen Störungen des jüdischen Gottesdienstes (L. 9. Cod. Theod. de Jud.).

Umsonst! die Kirche herrschte — und schon Honorius verbot 404 den Kriegsdienst, gebot die Entlassung der jüdischen Krieger, mit Ausnahme der agentes in rebus, fügt jedoch hinzu, daß dieß nicht für eine Herabsetzung gelten, wie auch die Advocatur und die Ehrenstellen der Curie, wo Geburtsvorzüge sie dazu berechtigten, ihnen fernerhin gestattet werden sollen (L. 16. Cod. Theod. ib.).

Endlich erfolgte der entscheidende Schlag in einer aus geistlicher Feder fließenden Verordnung Theodosius' und Valentinian's im Jahre 439, wodurch ihnen, unter dem Vorwande, die erzürnte Gottheit, welche Dürre und Hungersnoth verhängt hätte, zu versöhnen, alle Staatsämter und Ehrenbürgerrechte entrissen und der Bau neuer Synagogen untersagt wurde (L. 19. Cod. Justin. 1. 9.). Wer möchte noch zweifeln, daß die bald nachher erfolgten Aufstände der Juden und Samariter in Palästina und die Parteinahme der ersteren für die Gothen in Italien gegen Justinian Ausbrüche des empörten Ehrgefühles waren? — Dafür bestraften sie Justinian's gehässige Vorschriften, welche leider nebst vieler anderer Barbarei des römischen und canonischen Rechtes später in das heilige römische Reich, nein, selbst in die teutschen absoluten wie constitutionellen Particulargesetzgebungen des 19. Jahrhundertes übergegangen sind! Es wurden in den Jahren 532 und 556 die Zeugenfähigkeit gegen Christen ihnen abgesprochen, gemischte Ehen für Incest erklärt, das Verlangen schon nach Ehrenbürgerrecht verhöhnt, Legate für Synagogen verboten; nur die Beschwernisse des Curialamtes, ohne daß sie dessen Ehre genössen, wurden ihnen so wie alle Abgaben und Dienste auferlegt (L. 1. 6. 18. Cod. de Jud. L. 21. Cod. de haer. Nov. 45.). Bürgerehre und Gewissensfreiheit waren verschwunden; der christliche Staat hatte den Bau begonnen. Feuer und Schwert fehlten noch. Die griechischen Kaiser und das Mittelalter wendeten auch diese als Mittel an, um die Taufe zu erzwingen (Nov. Leonis 55)!

Osmanen und Mauren verbesserten ihre Lage. Bald war der gleiche höchste Glaube an einen einigen Gott, bald der wohlthuende Blick auf Bildung, Gewerbfleiß und Gelehrsamkeit der Juden Grund der milden Behandlung der Juden unter diesen Völkern im Oriente, in Afrika und Spanien. Sie liebten daher diese Beschützer, und ruhig feierte die jüdische Literatur und Wissenschaft ihr goldenes Zeitalter; von Verfolgungen war äußerst selten die Rede.

Aber auch dieser Zustand durfte nicht auf immer dauern. Die Kirche im römischen Staate hatte die Juden nun einmal ehr- und wehr-

los gemacht. So fanden sie Longobarden und Franken, daher ihre Ausgeschlossenheit aus dem Lehnsverbande. Von Anfeindungen ihres Glaubens aber wußten die fränkischen Könige nichts. Pipin, Karl der Große und Ludwig der Fromme hatten gelehrte und staatsmännische Juden an ihren Höfen, höchstens wurde ihnen der 11. Pfennig, den Christen nur der 10. als Steuer abgefordert; der Grundbesitz wurde ihnen dagegen verstattet, und daß sie selbst in Ansehen und Begünstigungen standen, davon zeugen die Anfeindungen fränkischer Bischöfe [20]). Dagegen waren strenge Gesetze und Verfolgungen gegen sie im westgothischen Reiche an der Tagesordnung, zumal sie unter geistlicher Jurisdiction standen.

Frühzeitig findet man schon sowohl im fränkischen Staate als unter den römischen Kaisern die Bezeichnung der Juden als Kron-, Domänen-, Kammergut der Fürsten. Handel, Geldgeschäfte namentlich bildeten ihre, oft sehr reiche Nahrungsquelle, was bei dem von den ersten Concilien den Christen auferlegten Verbote, ihren Glaubensgenossen auf Zinsen zu leihen, kein Wunder war. Ganz nach dem Geiste des Mittelalters bildeten sie fast einen Stand, mit nützlichen und schädlichen Privilegien versehen. Eigene Verwaltung, eigenes Recht hatte diese, wie jede andere Corporation, Vorsteher und Rabbiner an der Spitze, welche in einigen teutschen Städten Consuln genannt wurden. Trotz ihres hohen Wuchers, welcher, bei dem Mangel an Wuchergesetzen und dem Verbote des Zinsverleihens für Christen, nur Zinsfuß heißen konnte und später selbst von kaiserlichen und Landesgesetzen (Judenordnungen) ihnen wenigstens dadurch ausschließlich gestattet wurde, daß sie höhere Zinsen nehmen durften, als die Christen, trotz des Rechtes, gestohlenes Gut, sobald sie es rechtmäßig erworben, nicht ohne Bezahlung des Kaufpreises verabfolgen lassen zu müssen [21]) — herrschte doch stets Ruhe vor ihnen, so lange die Kirche keinen Sturm hervorrief. Die Fürsten schützten sie, früher namentlich, durch ihr Ansehen und machten sie aus Kammerknechten oft zu Finanzbeamten, Kammergrafen.

Die teutschen Kaiser nannten sich Schutzherren der Juden, d. h. sie sagten ihnen den Schutz für reiche Steuern zu. Dafür, und weil sie als römische Kaiser durch Karl den Großen mit allen Rechten der früheren ost- und weströmischen Herrscher auch die ausschließende Gewalt über alle Juden des Erdballs überkommen zu haben wähnten, betrachteten

---

20) Beugnot, les juifs d'occident p. 75. Barnage, hist. des Juifs. L. 9. chap. 3.

21) Auch aus der Judenordnung Heinrich des Erlauchten von 1265 (abgedruckt in K. Sidori's Geschichte der Juden in Sachsen, Leipz. 1840) geht deutlich hervor, daß in Gesetzen für Juden, welche insbesondre ihren gewerblichen Verkehr betrafen, die Grundsätze des jüdischen Rechtes angewandt wurden. Sie erlaubt früherhin den Juden nämlich, Pfänder auch ohne Gegenwart von Zeugen anzunehmen und durch einen Eid, daß er das Gestohlene bona fide erworben, von der unentgeldlichen Rückgabe befreit zu sein. So viel ist gewiß, daß die dadurch aufgehobene, erstere Beschränkung, so wie die letztgedachte Freiheit vom jüdischen Rechte sanctionirt worden; ob auch vom teutschen, dürfte bezweifelt werden können.

sie dieselben als ihr eigen Gut, worüber sie nach Willkür schalten könnten [22]). Erst in der goldenen Bulle ward das Recht der Judenaufnahme als Privilegium den Churfürsten ertheilt, aber auch nur als solches, indem das ursprüngliche Recht und die noch fortbestehende Ober- und Schutzgewalt als bei dem Kaiser verbleibend anerkannt wurde. Man kann schon aus diesem Streite und aus der Verbriefung eines solchen Rechtes in der wahrhaft ersten Reichsconstitution die Wichtigkeit desselben ersehen. Sie bestand natürlich in nichts anderem als in der Erpressung der Juden Seiten der Fürsten, von welcher diese aber schon längst vor dem Erlasse der goldenen Bulle Gebrauch gemacht hatten. — Schon dieser ausgesprochene, sogen. Schutz, der sie unmittelbar unter Kaiser und Fürsten stellte (die Bezeichnung Kammerknechte kommt zuerst unter Kaiser Friedrich II. vor) und sie als keinen wahrhaften Stand erblicken ließ, mußte ihnen in den Augen der wirklichen Stände Verachtung zuziehen; noch mehr that dieß die Bedingung, unter welcher derselbe gewährt wurde, — willkürliche Steuerauflage — und die Art, wie sie die letzteren vollziehen mußten; der Wucher zog ihnen vollends den Haß des Volkes zu. Die Kirche aber that auch stets das Ihrige, diesen zu reizen und in die That übergehen zu lassen, indem sie das Feuer auf dem Herde des Religionshasses und Fanatismus schürte. Empörend sind diese Bemühungen der römischen Kirchenfürsten, wodurch z. B. im Jahre 1261 Erzbischof Ruprecht zu Magdeburg am Laubhüttenfeste verleitet wurde, die Juden ins Gefängniß zu werfen und ihre Kisten aufbrechen zu lassen, um 100,000 Mark Silber als erzbischöfliche Mantelgebühren für Rom erpressen zu können. Empörend der Aufruf Innocenz III., ut tales reprimant Judaeorum excessus, ne cervicem, perpetuae servitutis iugo submissam, praesumant erigere. Was half der sogen. kaiserliche Schutz, wenn man die Juden an Fürsten und freie Städte verpfändete, ja, wenn der Kaiser selbst, wie zuletzt noch Wenzel im Jahre 1390, alle Bewohner Frankens und Schwabens von ihren Schulden an Juden befreite, sofern sie einen Theil derselben ihm selbst abtrügen; wenn Concilien, außer den unablässigen Einschärfungen der justinianischen und altcanonischen Rechtsätze, z. B. der Nullitätserklärung einer jüdisch-christlichen Ehe, auch besondere Abzeichen, den gelben Ring an Hut und Kleid, den Juden zur Vorschrift machten, wie dieß auch noch in der Reichspolizeiordn. von 1530 eingeschärft worden; wenn endlich das fanatische Priesterthum Kreuzzüge gegen Juden predigte, zumal wenn dieselben gegen die Osmanen mißglückt waren!

Daher die Metzeleien, das Wüthen des Feuers und Schwertes und der langsam tödtenden Marter in ganz Europa, denen Hunderttausende von Juden als Opfer dienten. Daher die Gräuelscenen zu Leobschütz 1163, Wien 1196, Breslau 1226, Brandenburg 1244, Frankfurt 1241 und 1346, Pforzheim 1271, Weißenfels 1368, Prag 1391 und hundert andere, über deren Bild es der Geschichte ziemt, einen Schleier zu ziehen, um der Menschheit, der christlichen Liebe und neuer Erinn-

22) Schwabenspiegel Cap. 146, §. 4. Sachsenspiegel Buch 3.

rungen willen! Wo es nicht, wie bei dem thätigen, von den Juden geleisteten Widerstande zur förmlichen Schlacht kam, da war Gottesergebung der Trost der Sterbenden. So zu Straßburg, wo 2000 Juden auf einem auf ihrem Kirchhofe errichteten Blutgerüste auf den Rath des Bischofs, unter Widerspruch der Zunftmeister verbrannt wurden, und wo die Mütter ihre Kinder, die man ihnen entziehen und taufen wollte, in die Flammen mit sich schleppten, um noch den Ruf zu hören: Höre, Israel, der Ewige dein Gott, der Ewige ist ein einziges, ewiges Wesen[23]). Nur selten konnten und wollten die Kaiser die Urheber solcher Raubzüge bestrafen. Ausweisungen aus ihren Wohnorten war noch das gnädigste Schicksal der Juden, und diese dauerten noch bis ins 18. Jahrhundert fort (wo Maria Theresia namentlich sie aus Prag, wegen des Verdachtes einer heimlichen Unterstützung Friedrich's des Großen, verjagte). In Masse wiederholten sie sich in den meisten anderen Ländern. In Spanien vorzüglich hatte die Inquisition dieselbe hervorgebracht, indem den Juden, nach vergeblichen Versuchen, ihnen die Taufe aufzudrängen, im Jahre 1492 bei Todesstrafe und Confiscation verboten wurde, im Lande zu bleiben. Ueber 160,000 jüdische Familien, an Bildung, Gewerbsfleiß und Schätzen reich, gehorchten dem Befehle Ferdinand's, welcher der Katholische hierauf genannt worden ist, und zogen größtentheils nach Polen, auch nach Teutschland. Seitdem hat Spanien keine Juden mehr in seiner Mitte, obgleich viele Neuchristen, unter großen Verfolgungen, im Norden dort verblieben und manche jüdische Ceremonie beibehielten. Die spanische Grandezza zählt Juden unter ihren Ahnen. In früherer Zeit wurden auch unter diesen Neuchristen Auto da Fe's gehalten, und in gesetzlicher Beziehung ward der Unterschied zwischen Alt- und Neuchristen erst 1773 aufgehoben.

Umsonst war Carl's V. Bemühen, in Teutschland die vollkommene Rechtlosigkeit der Juden aufzuheben, indem er am 12. August 1530 eine Judenordnung für's ganze Reich erließ, worin ihnen der Rechtsschutz gegen Ausweisungen aus ihren Wohnorten in Stadt und Land, die Erlaubniß, alle Straßen benutzen zu können, so wie Gewissensfreiheit zugesichert, worin ferner die Eidesleistung auf einfache Formen zurückgeführt (als ihm Gott helfe, bei der Ehe [Bund], die ihm Gott gab auf dem Berge Sinai) und die Anforderung willkürlicher Steuern und Zölle untersagt wurde. Umsonst hob selbst die Reichspolizeiordn. vom 19. Nov. 1530 Tit. 27, von 1548 und 1577 das

---

23) Ausführliche Darstellungen solcher Gräuelscenen finden sich in den Chroniken, z. B. Albert. Argent. Chron., Magna Chron. belg. bei Pistor. u. a. m. Graf Mailath, Gesch. von Oesterreich. Pauli, Gesch. der Stadt Worms. Kirchner, Gesch. der Stadt Frankf. a. M. Florian, Chronik von Frankf. Bender, der frühere und jetzige Zustand der Israeliten zu Frankf. a. M. Aretin, Gesch. der Juden in Bayern, welcher u. a. erzählt, wie die Kirche zum heil. Grabe — die noch heute in Deckenbach sich befindet — zum Andenken des großen 1337 daselbst vom Magistrate angeführten Aufstandes gebaut worden ist, wobei Herzog Heinrich zu Landshut eine Belobungsurkunde ausstellte.

Recht des Wuchers und das Privilegium gegen Windication des Diebstahles auf, wogegen sie jedmögliche Hanthierung gestatteten. Der Zustand der Juden verbesserte sich nicht. Herabgewürdigt durch Verfolgungen, Bedrückungen und den Reichsabschied von 1551, und die Reichspolizeiordn. von 1577 Tit. 20., welche den Juden das glaubhafte Zeugniß gegen Christen absprach, waren sie außer dem Gesetze, außer dem Vaterlande stehend erklärt. Die letztgenannten Ordnungen hatten das Recht der Judenaufnahme zwar als Regel betrachtet, aber jeder Reichsfürst, jede Stadt und Corporation erhielt dasselbe, — und was halfen noch die von den Reichsgerichten auf Grund jener Gesetze ausgesprochenen Ansichten von dem den Juden zu gewährenden Schutze gegen eigennützige Fürsten, gegenüber dem allgemeinen, und zwar jetzt von den Protestanten am meisten gehegten Religionshasse? Kaum hatte Luther seine Worte wider die Sabbather gesprochen und seine türkischen und jüdischen Irrthümer beendigt, als auch sein Rath von Johann Friedrich, dem Kurfürsten von Sachsen, dessen Beispiel Nachahmung fand, eifrig befolgt ward. Es wurden Aufstände gegen sie erregt, der Pöbelwuth fielen unzählige Opfer, und eine allgemeine Ausschaffung war das Resultat.

Mehr als der gelbe Ring, mehr als alle Brandschatzungen waren es die drückenden Steuern, war es vorzüglich der Leibzoll, denen sie den allgemeinen Hohn verdankten. In den Accise- und Steuerordnungen der teutschen Länder, in den sächs. Judenordnungen zumal von 1746 und 1772 ist der Jude mit oder ohne Roß unter den Waaren, unter dem Zug- und Schlachtvieh aufgeführt, und man darf während der ganzen Zeit des Bestehens jenes Zolles sagen: der Jude hatte aufgehört Mensch im Staate zu sein, er war nichts mehr als besteuertes Gut! Denn weder von Handel, Gewerbe, Grundbesitz, noch weniger von bürgerlicher Stellung war in einer einzigen teutschen Gesetzgebung für Juden die Rede.

In der Theorie gebührt zwar Teutschland die Ehre, zuerst ein umfangreiches Werk über die bürgerliche Verbesserung der Juden erzeugt, und dem unsterblichen Dohm[24]), es verfaßt zu haben, nachdem Lessing, Herder und ihre gesinnungsgleichen Freunde als wahre Philosophen und Kritiker auf diese Makel der Gesetzgebung eines philosophisch sich nennenden Jahrhundertes aufmerksam gemacht hatten. Später gesellten sich zu diesen Denkern Mirabeau und vorzüglich Gregoire[25]). — Aber von der Theorie zur Praxis schien ein ungeheurer Schritt, — und trotz Joseph II. Toleranzideen, trotz der Abschaffung des Leibzolles in Oestreich durch diesen Monarchen 1782, in Preußen 1787 und in Baiern 1799: ward er doch an den Grenzen der meisten übrigen Territorien — deren damals nicht wenige, daher auch die

---

24) C. K. W. v. Dohm, über die bürgerliche Verbesserung der Juden, zuerst erschienen Berlin 1781 u. 1783, 2 Th.

25) Mirabeau, sur la réforme des Juifs. Londres 1787. — Grégoire, essai sur la régénération physique, morale et politique des Juifs. Metz 1789.

Lasten der Juden wohl drückend waren — erst auf die Verwendung des französischen Commissärs der rheinischen Departements, Jollivet, nach und nach abgeschafft, mit dessen Anträgen der israelitische Hoffactor Breidenbach zu Offenbach seine Bittschreiben vereinigte, während in Braunschweig vorzüglich Jacobson und in Sachsen der Gemeindeälteste Kaim Samuel dafür thätig waren. Dennoch wurde in dem letztgedachten Lande nur in Folge von Repressalien und Handelsverbindungen derselbe nur für einige teutsche und sonst befreundete Staaten aufgehoben, während die letzten Reste desselben erst von der russischen Fremdherrschaft in Vergessenheit gebracht worden sind.

Die bürgerliche Verbesserung der Juden schritt jedoch äußerst langsam voran, und ward nicht allein in Teutschland, sondern in der ganzen civilisirten Welt jedenfalls nur durch die französische Revolution und die damit zusammenhängenden Ereignisse in Regung gebracht.

Wir beschränken uns hier auf die Darstellung der Rechte der Juden in den teutschen Bundesstaaten. Die französische Gesetzgebung hatte in den Ländern, wohin ihr Scepter während der Occupationsperiode gelangt war, also namentlich auch in Hamburg, Lübeck, Bremen und den Provinzen am linken Rheinufer, eben so, als Nachahmerin derselben, die westphälische Regierung und das Großherzogthum Berg sie vollkommen emancipirt. Aber auch andere Staaten folgten diesem Beispiele. Der Großherzog von Frankfurt vorzüglich stellte seine jüdischen Unterthanen den christlichen gleich, und Preußen, später auch Bayern, letztere beide freilich nicht auf so umfassende Weise, wiesen ihnen eine bürgerliche Stellung an, und hierdurch riefen sie die Begeisterung hervor, mit welcher dieselben an dem Freiheitskriege Theil nahmen.

So waren die Verhältnisse geordnet, als die teutsche Bundesacte vom 8. Juni 1815 §. 16. die Bestimmung aussprach: Die Bundesversammlung wird in Berathung ziehen, wie auf eine möglichst übereinstimmende Weise die bürgerliche Verbesserung der Bekenner des jüdischen Glaubens in Teutschland zu bewirken sei und wie insonderheit denselben der Genuß der bürgerlichen Rechte gegen die Uebernahme aller Bürgerpflichten in den Bundesstaaten verschafft und gesichert werden könne. **Jedoch werden den Bekennern dieses Glaubens bis dahin die denselben von den einzelnen Bundesstaaten bereits eingeräumten Rechte erhalten.**

Es ward auch diese Bestimmung in der Wiener Schlußacte von 1820 Art. 65. wiederholt ausgesprochen, und sie besteht daher in voller Kraft.

Man hat ganz mit Unrecht bisher nur auf den ersten Theil derselben in dem größten Theile der Schriften für Emancipation Bedacht genommen und sich dabei stets beklagt, daß die von der Bundesversammlung bald nachher ernannte Commission ihre Arbeit noch nicht zu Ende gebracht hat. Den letzteren, wichtigeren Theil hat man fast ganz unberücksichtigt gelassen; ein um so leichtfertigeres Verfahren, als gerade durch diesen Ausspruch unwiderleglich feststeht, daß diejenigen Bundesstaaten, welche vor Erscheinen der teutschen Bundesacte, sofern sie dieß nur selbstständig gethan und nicht eine frühere, jetzt aufgehobene

Regierung das Gesetz dictirt, ihren jüdischen Unterthanen Rechte bewilligt hatten, einer Verletzung der Bundesverfassung sich schuldig gemacht haben, wofern sie später diese Rechte ihnen verkümmerten. —

Damit aber die, damals jedenfalls schon beabsichtigte retrograde Bewegung zum Theil ohne Verletzung der Bundesverfassung vor sich gehen könne, ward in dem angeführten Schlusse des §. 16. das Wörtchen von statt des im Entwurfe vorhandenen in vom Senator Schmidt vorgeschlagen, und in Folge der darin thätig geleisteten anderweiten Unterstützung diese Fassung beliebt. Die des Entwurfes hätte unbedingt die staatsbürgerliche Gleichstellung der Juden in allen dem französischen Reiche, dem Königreiche Westphalen und den Großherzogthümern Berg und Frankfurt angehörigen Landestheilen auch für die Folge bleibend ausgesprochen. Preußen bei seiner damaligen Ansicht hatte die letztere Fassung beizubehalten gerathen, und seine Meinung drückt ein Schreiben Hardenberg's an die Deputirten der israelitischen Gemeinde zu Frankfurt a. M. aus (datirt Wien, den 18. Mai 1815), wo die gesetzmäßige Beibehaltung ihrer Gleichstellung nicht bezweifelt wird[26]).

Dennoch haben manche Staaten die früher den Juden von ihnen selbst bewilligten Rechte späterhin entzogen, während andere, welche eine bürgerliche Stellung derselben bisher nicht gekannt hatten, sie nachmals ihnen bewilligten und sogar bis zur Emancipation steigerten.

Das Kurfürstenthum Hessen (9600 Juden) hat neben Luxemburg, wo die holländischen Gesetze Platz greifen, die letztere vollkommen und allein in Teutschland ausgeführt. Nachdem daselbst bereits im Jahre 1818 alle Schutzgelder und Judensteuern und im Jahre 1828 die entwürdigende frühere Form des Judeneides aufgehoben worden waren, sprach in Folge der in edler Gesinnung geoffenbarten Uebereinstimmung der Regierung und Stände das Gesetz vom 29. October 1833 die vollkommene Gleichstellung auch in Bezug auf Zulassung zu Staatsämtern der jüdischen mit den christlichen Unterthanen aus. Das jüdische Cultus- und Unterrichtswesen ist unmittelbar der höchsten Staatsbehörde unterstellt, wobei jedoch vom Staate keine Unterstützung demselben gewährt wird, und die jährlich dreimal stattfindenden Zusammenkünfte des im Jahre 1837 gestifteten jüdischen Cultuscollegium — das Landrabbinat zu Cassel an der Spitze — bethätigten immer neue Fortschritte. Im Privatrechte besteht ebenfalls kein Unterschied zwischen den verschiedenen Confessionen, nur sind die Juden vom Patronatrechte christlicher Kirchen ausgeschlossen, auch dürfen dieselben christliche Schulämter nicht bekleiden. Vom Bürgerrechte entfernt und nur auf Concessionen beschränkt sind die den Schacher- und Nothhandel betreibenden Individuen jüdischen Glaubens.

Württemberg steht jenem Staate in dieser Hinsicht am nächsten. Das Gesetz vom 25. April 1828 wegen der öffentlichen Verhältnisse

---

26) Klüber's Uebersicht u. s. w. S. 376 flg., 382 flg., 384 flg. Klüber's Staatsarchiv Bd. 2, S. 85: Actenmäßige Darstellung des Bürgerrechtes der Israeliten zu Frankf. a. M. Rödelheim 1816.

er Juden mit seinen nachträglichen erläuternden Verordnungen bis zum Jahre 1839 spricht die Freiheit der Wahl jedes Gewerbes den Juden (jetzt 11,400) zu, worunter auch, da alle früheren beschränkenden Gesetze aufgehoben worden, die Staatsämter zu verstehen sind, doch mit der Beschränkung, daß das Gemeindebürgerrecht erst nach zehnjährigem Betriebe eines Gewerbes oder des Ackerbaues — dem letzten und den Handwerken haben sich seitdem an 1300 Juden zugewendet — erworben werden kann; actives und passives Wahlrecht ist ihnen ausdrücklich zugestanden. Der jüdische Cultus ist öffentlich anerkannt, der Landesrabbiner führt den Titel: Kirchenrath. — Auch die privatrechtlichen Beschränkungen sind vollkommen aufgehoben, — und es wird ohne Zweifel das noch Fehlende in der Gesetzgebung bald nachgeholt werden.

In Braunschweig ist der Jude Staatsbürger, jedes Gewerbe ist erlaubt, Gemeindeämter, active und passive Wählbarkeit zu Volksabgeordneten, und — da kein gesetzliches derartiges Verbot vorhanden — auch Staatsämter sind verstattet. Ausdrücklich versagt ist ihnen, doch nur im Wege der Verordnung, die Procuratur beim obersten Gerichtshofe.

Hohenzollern-Sigmaringen stellte am 6. August 1837, mit Ausnahme der passiven Wahlfähigkeit, die Juden den Christen vollkommen gleich, auch hinsichtlich der Staatsämter. Die Einrichtungen des öffentlich erklärten Cultus sollen von der jüdischen Behörde zu Stuttgart getroffen werden. Hechingen hat dieselbe in sichere Aussicht gestellt.

Wichtig in Betreff des in den ständischen Verhandlungen hitzig gefochtenen Principienkampfes war das mehrmalige Auftauchen der Judenfrage im Großherzogthume Baden.

Das Baden'sche Constitutionsedict, die Kirche vom Staate gänzlich trennend, bestimmt: §. 1. Keine Religion, welchen Namen sie führe, kann in dem Sinne herrschend sein, daß ihre Kirche verlange, irgend ein Stück der Staatseinrichtung auf ihren einseitigen Vortheil abgewogen zu sehen oder ihren Gliedern Vorzüge für die Theilnahme an irgend einem Ausflusse der allgemeinen staatsbürgerlichen Vortheile zu geben. Consequent war daher das Edict vom 13. Januar 1809 mit den Worten eingeleitet: Wir haben durch Unser Constitutionsedict die Juden Unseres Staates den Christen in den staatsbürgerlichen Verhältnissen gleichgesetzt. Dennoch ist den ersteren (20,000) in der Folge zwar nicht freie Wahl irgend eines Berufes, auch nicht die Staatscarrière, wohl aber die passive Wählbarkeit zu Landtagsabgeordneten und vor allen die Anwendung der neuen Gemeindeverfassung entzogen worden. Uebrigens ist der jüdische Cultus anerkannt, aber vom Staate finanziell nicht unterstützt. Privatrechtliche Beschränkungen sind im allgemeinen aufgehoben[27]).

Im Großherzogthume Hessen ist den Juden das Bürgerrecht — von dem jedoch der Betrieb des Nothhandels ausschließt —

27) Vgl. Paulus, die jüdische Nationalabsonderung u. s. w. 1830, und die auch vom juristischen Standpunkte gediegene Riesser'sche Schrift: Vertheidigung der bürgerl. Gleichstellung der Juden gegen die Einwürfe des Herrn Dr. Paulus. Altona 1831.

nebst freier Wahl jedes Gewerbes gestattet, und auch da, wie in Würtemberg und Kurhessen, haben sich Vereine zur Beförderung jüdischer Künstler und Handwerker gestaltet. Die Advocatur gehört zu den erlaubten Gewerben. Zu politischen Aemtern ist der Zugang versagt, was auch von Rheinhessen gilt, wo die Beschränkungen der napoleonischen Gesetzgebung, namentlich das angeführte Decret von 1808, nicht aber deren Vorzüge in Kraft geblieben sind. Doch kann ein Jude in Folge seiner Tüchtigkeit Gemeindebeamter und Mitglied der Ständeversammlung werden. Merkwürdig ist, daß in letztern Provinz, als alleinige Ausnahme von den Gesetzgebungen aller europäischen Staaten, Juden das Kirchenpatronatrecht erwerben und ausüben dürfen, ein Ueberbleibsel der fremdländischen Verfassung. — Der Cultus ist dem der übrigen Confessionen gleichgestellt, und erfährt, wie der Unterricht, viel Aneiferung durch die Regierung, jedoch keine Geldunterstützung. Privatrechtliche Beschränkungen sind nicht vorhanden [28]).

Nassau hat die früher auferlegte, die Stelle der gewerblichen Lasten vertretende Judensteuer, so wie die privatrechtlichen Beschränkungen der reichsabschiedlichen Bestimmungen im Jahre 1841 aufgehoben. Erlaubniß zu jedem Gewerbsbetriebe und zum Grundbesitze war schon früher den Juden (jetzt an 7000) gestattet. Politische und Gemeindeämter sind ihnen versperrt. Jüdischer Gottesdienst und Unterricht ist dem Cultusministerium unterstellt.

Unter allen teutschen Staaten verdient Preußen [29]) in Bezug auf die Gesetzgebung für seine jüdischen Unterthanen die größte Aufmerksamkeit, zuvörderst wegen der großen Anzahl der in diesem Staate lebenden Juden (194,558 nach der letzten Zählung zu Ende 1840) und ihrer im allgemeinen hochstehenden Bildung, dann weil Berlin die Wiege freisinniger Gedanken war, in Bezug sowohl auf die Stellung der Juden im Staate, als auch auf die innere Cultus- und Bildungsreform durch Mendelssohn und seine Schule, endlich wegen des Ganges der Gesetzgebung, welche, ihren begonnenen freisinnigen Anlauf später selbst hemmend, keinen einzigen der zur Emancipation erforderlichen Schritte überhaupt oder doch vollkommen zu Wege gebracht hat.

---

28) Weiß, System des öffentl. Rechtes des Großherzogth. Hessen Th. I, §. 104.

29) Vgl. unter den, namentlich in neuester Zeit erschienenen, oft nur Räsonnements enthaltenden Schriften: Streckfuß' gegen und zuletzt für die Juden dargelegten Systeme: über das Verhältniß der Juden zu den christl. Staaten und Nachträge zu denselben, 1842. Jost, legislative Fragen, 1833. C. F. Koch, die Juden im preuß. Staate, 1833. Heinemann, Sammlung der die u. s. w. Verfassung der Juden in den preuß. Staaten betr. Gesetze u. s. w. 1833. Kaim, ein Wort über die rechtl. Verhältnisse der Juden im preuß. Staate, 1842. Freund, zur Judenfrage in Teutschland (Monatschrift) 1844. Das erschöpfendste und vorzüglichste Werk aber ist v. Rönne und Simon, die früheren und gegenwärtigen Verhältnisse der Juden in den sämmtlichen Landestheilen des preuß. Staates (Th. 8, Bd. 3 des größeren Werks: die Verfassung und Verwaltung des preuß. Staates).

An vier Hauptgebrechen leidet die bestehende Gesetzgebung für die preußischen Juden: erstens an der ängstlichen Zurückhaltung derselben von der Staatssphäre, welche in der ganzen Monarchie, also auch in denjenigen Theilen sich zeigt, wo nach der Cabinetsordre vom 8. Aug. 1830 die Aufrechthaltung der in den neuen und wiedererworbenen Provinzen vorgefundenen Verfassung anbefohlen worden ist; es wird sogar kein Jurist jüdischen Glaubens zum ersten Examen zugelassen, und ausdrücklich wird das Amt eines Feldmessers, Auctionators oder Scharfrichters abgesprochen. In den alten Provinzen ist, da wenigstens academische und Schulämter früher bewilligt waren, später aber entzogen wurden, diese Reaction als eine Verletzung des Art. 16. der Bundesacte anzusehen, obgleich man dasselbe rücksichtlich der neuen Provinzen behaupten könnte, weil wenigstens die factische Fortdauer jener früheren Rechte einer ausdrücklichen Anerkennung derselben gleich kam[30]). Zweitens an dem Mangel der Einheit, indem es 20 Territorien gibt mit derselben Begrenzung und derselben, oft hundertjährigen Gesetzgebung, welche sie zur Zeit des Heimfalles oder Anfalles der verschiedenen Theile der preußischen Monarchie nach den auf den Pariser Frieden folgenden Anordnungen in Teutschland besessen haben. Es bestehen daher für die jüdische Gesetzgebung allein nicht blos wie sonst 8 Provinzen des Königreiches Preußen. Man sieht daher in einem Theile Preußens Staatsbürger jüdischen Glaubens — freilich ohne irgend eines derjenigen Rechte, welche den Staatsbürger eigentlich bezeichnen — in anderen noch Schutzjuden, und diese abstufenden Schattirungen sowohl als der nur unter vielen Schwierigkeiten gestattete Umzug eines solchen preußischen Unterthans in eine andere Provinz hat, nebst den noch folgenden Grundsätzen, eine Fluth von Cabinetsordres, Ministerialrescripten, Regierungsberichten und Verordnungen hervorgerufen, welche theils die Uebersicht aller dieser Verhältnisse schwierig machen, theils die augenscheinlichsten Widersprüche unter sich selbst erzeugten. Drittens die Ignorirung des jüdischen Cultus und der Religionsgemeinden (wörtlicher Ausdruck vieler diesen Zustand aussprechenden Ministerialrescripte), welche nur in der Rheinprovinz in Betreff des ersteren, und in Posen und Westphalen mit Bezug auf die zweiten eine Ausnahme leidet — also wieder mit Störungen des Princips verbunden ist — und der im Jahre 1822 durch Verbot der jüdischen gottesdienstlichen Reform selbst widersprochen ist. Viertens die privatrechtlichen Beschränkungen. Neben der allgemeinen Giltigkeit der Landesgesetze selbst in Ehestreitigkeiten, wo gesetzlich das richterliche Erkenntniß den Scheidebrief ersetzen soll, was aber practische Schwierigkeiten erzeugt hat[31]), kommen die jüdischen Ritualgesetze in einigen wenigen Bezirken und in den alten Provinzen nur in Bezug auf die vor dem Edicte von 1812 eingegangenen Rechtsgeschäfte practisch zur Anwendung. In den letztge-

30) v. Rönne und Simon a. a. O. S. 41. Uebrigens mag es Wunder nehmen, daß die Verfasser nicht die hier angeführten vier Gesichtspunkte zur Uebersicht aufgestellt haben, unter welche alle Mängel der preußischen Judengesetzgebung fallen.

31) v. Rönne und Simon a. a. O. S. 472 flg.

nannten Provinzen greifen aber auch die Bestimmungen der Criminalordnung Platz, wonach Juden in Criminalfällen nie vollen Beweis machen und in den Provinzen, wo noch Schutzjuden existiren, führen Münzverbrechen Verlust des Schutzes herbei! Dazu kommen in der Civilgesetzgebung die erschwerten Förmlichkeiten des jüdischen Eides, in der Rheinprovinz und Westphalen das Decret von 1808 (auf dessen Aufhebung für ihren Bezirk die rheinischen Provinzialstände kürzlich einen Antrag gestellt haben), die Wechselmündigkeit der Juden in den vormals königl. sächs. Landestheilen mit dem 21. Lebensjahre und die Anwendung des Wuchermandates vom 1. Aug. 1811 daselbst, welches gerichtliche Recognition von Schuldurkunden und baare vor Gericht geschehene Auszahlung der Valuta anbefiehlt, in Ostpreußen, nach dem dortigen Provinzialrechte, die Klagbarkeit einer Schuld aus gewissen jüdischen Urkunden (Mamre's genannt); in einigen Landestheilen ist die Klagbarkeit der Verträge sogar noch an die gerichtliche Registrirung derselben geknüpft. Die Zulassung gemischter Ehen zwischen Juden und Christen nach dem preuß. Landrechte ist bestritten, wird aber von tüchtigen Juristen anerkannt [32]).

Die staatsrechtlichen Verhältnisse der Juden in den angegebenen Territorien nun sind folgende:

1) In den alten Provinzen: Brandenburg (mit Ausschluß der Lausitz und des Kottbusser Kreises), die Jerichowschen Kreise, die Provinz Preußen (mit Ausnahme des Kulmer und Michelauer Kreises und der Stadt Thorn), die Provinz Pommern (mit Ausschluß von Neuvorpommern), Schlesien (mit Ausnahme der Oberlausitz), die Stadt Danzig mit ihrem Gebiete, in Bezug auf welche letztere die Judengesetzgebung für die alten Provinzen erst anerkannt, dann widerrufen, endlich 1832 wieder hergestellt worden ist. Hier gilt das Edict vom 11. März 1812, welches in der freisinnigsten Zeit zur Herstellung der Staatseinheit von Hardenberg entworfen, die Juden zu Staatsbürgern erhob und ihnen jedes Gewerbe — dem Systeme der Gewerbefreiheit consequent —, Grundbesitz (die Ministerialverordnungen, welche bis auf die neueste Zeit den Bergbau und den Erwerb von Bergwerkseigenthum verboten, entgegen diesem Edicte von 1812, sind 1839 aufgehoben worden), Gemeinde- und sogar academische Lehr- und Schulämter verstattet hat. Es eröffnete zugleich die Aussicht auf ein künftiges Gesetz, inwiefern Juden auch zu anderen Staatsämtern zugelassen, und eine Ordnung des jüdischen Cultus- und Unterrichtswesens von Staatswegen eingeführt werden sollten. Beides ist nicht in Erfüllung gegangen, die Staats-, ja die höchsten Gemeindeämter (Oberbürgermeisterstelle, welche der letzte rheinische Landtag den Juden durch ihren Antrag wieder vindiciren will) sind definitiv abgesprochen und die Schul- und academischen Stellen 1822 durch Cabinetsordre wieder entzogen worden. Die jüdische Religionsgesellschaft wird als Privatgesellschaft betrachtet, und eine Einmischung des Staates in ihre Einrichtungen versagt, auch kein Rabbiner bestätigt, was noch vor 1823 zuweilen der Fall war. Dennoch

32) v. Rönne und Simon a. a. O. S. 461 flg.

wurden die reformirten Synagogen (Tempel) zu Berlin, Königsberg und Breslau von Polizeiwegen geschlossen, nachdem kurz zuvor die Statuten der preußischen Missionsgesellschaft zu Bekehrung der Juden, welche die höchsten Staatsbeamten unter ihren Mitgliedern zählte, im Jahre 1823 bestätigt worden waren. Seitdem sind bis nach 1830 über 1600 Juden in Preußen zum Christenthume übergetreten, nachher sind diese Fälle seltener geworden. Den Besitzern von Rittergütern steht keine Patrimonialgerichtsbarkeit, also auch nicht das Recht, Justitiare zu ernennen[33]), kein actives oder passives Wahlrecht zu den Provinziallandtagen, ja vielleicht auch nicht das Recht zu, die Uniform zu tragen; ebenso kein Richteramt, nicht einmal das eines Schiedsrichters (dagegen war die Praxis); wohl aber dürfen sie, hiermit im Widerspruche, Bauinspectoren werden. Alles dieß jedoch ist durch bloße Ministerialrescripte und zum Theil, wie die angeführte von 1822, nicht publicirte, Cabinetsordres, überhaupt aber meist in der Praxis, nicht aber immer durch förmliche Gesetze anerkannt. Ja es wurde 1822 der Leibzoll für russische Juden eingeführt und als Grund hierzu die Retorsion gegen eine ähnliche Maßregel Rußlands für preußische Juden angegeben, obschon hiernach alle Russen dem Leibzolle hätten unterworfen werden sollen. — Die Juden können das Staats- und städtische Bürgerrecht erwerben, selbst der Bürgereid aber muß in der Synagoge geleistet werden. Eben so ist die Militärpflicht vorgeschrieben.

2) Für das Großherzogthum Posen gilt das Gesetz vom 1. Juni 1833 nebst Instruction vom 14. Januar 1834. Hier bildet zwar die Judenschaft jedes Ortes eine nur vom Staate geduldete Religionsgesellschaft, in Bezug auf ihre Vermögensangelegenheiten aber — sonderbar genug nur hier — eine Corporation, welche unter Aufsicht eines Regierungscommissars durch Repräsentanten ihre Verwaltungsbeamten wählt, deren Rechte und Pflichten nach Analogie der Vorschriften der Städteordnung zu beurtheilen sind. Militärpflicht ist nicht eingeführt, dafür wird ein Recrutengeld bezahlt, welches jedoch für den freiwillig Dienenden wegfällt. Die Juden selbst zerfallen in naturalisirte, welche Handel und Gewerbe treiben, Grundbesitz erwerben und überall in der Provinz sich niederlassen können, und nicht naturalisirte, welche vorher weder Gewerbe, Kunst, Wissenschaft betrieben, noch Grundstücke im Werthe von 2000 Thalern oder Capitalvermögen von 5000 Thalern besessen haben und auf Certificate, die jährlich zu erneuern sind, leben. Diese sind Beschränkungen bei ihrem Wohnsitze auf dem Lande unterworfen, dürfen christliche Lehrlinge, Gesellen und Dienstboten nicht halten, Darlehensgeschäfte giltig nur vor der competenten Obrigkeit mit Christen und einen Schuldanspruch für verkaufte berauschende Getränke gar nicht an dieselben machen, das Schankgewerbe auf dem Lande nicht betreiben und vor dem 24. Jahre in der Regel nicht heurathen.

---

33) v. Rönne und Simon, a. a. O. S. 280, will den Juden dieses Recht, gegen Koch, vindiciren, weil die Unfähigkeit zur Ausübung politischer Rechte nirgend ausgesprochen sei. Vgl. jedoch das Rescript des Ministeriums des Innern vom 31. Januar 1820 und vom 17. August 1827. Freilich betrachten die scharfsinnigen Verf. Ministerialrescripte nicht für Gesetze.

3) Im Kulmer und Michelauer Kreise und im Gebiete der Stadt Thorn ist die herzogl. Warschau'sche Verordnung vom 10. Oct. 1809 in Kraft, wodurch die französische vollkommene Gleichstellung eingeführt worden ist. Die politischen Rechte sind 1815 nur bis 1818 suspendirt worden, mußten aber von da an wieder ausgeübt werden können, was aber die Praxis verbietet. Seit 1840 zahlen diejenigen Juden, welche im Militär nicht dienen wollen, ein Recrutengeld. Die ständische Vertretung aber ist ihnen durch das Gesetz von 1824, die Provinzialstände betreffend, hier ausdrücklich entzogen worden. Durch Ministerialrescript von 1815, nicht aber durch Gesetze ist der Grundbesitz an harte Bedingungen, namentlich an die Enthaltung von polnischem Barte und polnischer Kleidung geknüpft. In demselben Jahre wurde eine Fleischabgabe aufgehoben. Die Krug- und Schanknahrung, auch das Branntweinbrennen ist, soweit sie nicht schon bestehen, untersagt.

4) Das Herzogthum Sachsen kennt keine jüdischen Staats-, auch wohl deßhalb keine Stadtbürger. Es gilt dort das kursächsische Mandat vom 16. Aug. 1746 mit seinem Concessionensysteme, daher auch noch kein Jude seinen bleibenden Aufenthalt in der Provinz selbst verändern kann, ohne besondere Concession des Ministeriums des Innern. Grund- und antichretischer Pfandbesitz ist ihnen versagt. Allen nicht mit Concessionen versehenen Juden ist nur auf Jahrmärkten der Handel gestattet, allen und jeden aber der Handel mit Bergwerkproducten und Garn untersagt. Die besonderen Judensteuern sind als aufgehoben zu betrachten.

5) In der Ober- und Niederlausitz ist das zuletzt angeführte Mandat nicht recipirt, aber es fehlt auch an jeder gesetzlichen Bestimmung über die Rechte der Juden. Handel, mit Ausnahme des Hausirens, und jedes Gewerbe ist ihnen durch Ministerialrescript von 1836 ausdrücklich gestattet.

6) Im Schleusinger Kreise (ehemals Henneberg) besteht eine absonderliche Judenverfassung, nach welcher insbesondre eine Normalzahl dieser Glaubensgenossen nicht überschritten werden soll.

7) Für die Juden Neuvorpommerns und Rügens bestimmt das noch giltige schwedische Regierungspatent vom 23. Nov. 1810 die Erlaubniß der Fabriken, der Handwerke, des Grundbesitzes (für schon concessionirte Juden), Schiffsrhedereibetrieb und Handel mit roher Wolle, nicht aber der anderen rohen Producte, wie ein Ministerialrescript von 1822 ausdrücklich besagt.

8) Im Herzogthume Westphalen. In Rücksicht auf gewisse Steuer- und Strafgesetze nimmt das Finanzministerium noch eine alte Judenordnung von 1701 für bestehend an, nicht so die dortigen Obergerichte. Jedenfalls aber sind die dortigen Juden nach den Verordnungen der darmstädtischen Regierung von 1805, 1806 und 1812 nur Schutzverwandte. Schutzgeld (1250 Thaler) bestand bis 1832, wo es endlich aufgehoben wurde. Im Handel, Landbaue und Gewerbbetriebe stehen sie den Christen gleich; dagegen ist Grundbesitz für sie nur unter Genehmigung der Regierung möglich. Stadtbürgerrecht und das Recht

zur Communalämterbekleidung ist nur an einigen Orten, der ländliche Wohnsitz allgemein erlaubt. Höhere politische Rechte fehlen überall. Seit 1818 steht die Gemeindeverwaltung unter Aufsicht der Regierung.

9) In der Grafschaft Wittgenstein gilt von Rechtswegen, bei dem Mangel späterer Gesetze, die Wittgenstein'sche Polizeiordnung vom 1. Mai 1573; wenigstens ist davon nur das 13. Capitel, welches die Juden für vogelfrei erklärt, ausdrücklich durch Verordnung des Ministeriums des Innern vom Jahre 1842, gegen die Cabinetsordre von 1830 aufgehoben, sowie auch das bisher bestandene Schutzgeld (241 Thaler) im Jahre 1832. Das städtische Bürgerrecht richtet sich nach dem Ortsgebrauche, das Wohnen auf dem Lande wird nicht gestattet; wohl aber besitzen die Juden Grundeigenthum.

10) In den ehemaligen nassauischen Bezirken gelten für die Verfassung der Juden 6 verschiedene Verordnungen, publicirt zwischen 1607—1813. Sie sind Schutzunterthanen, und Aufenthalt und Handel ist ihnen nur in 3 Städten gestattet, in Diez, Hadamar und Herborn. Grundbesitz ist nur zum eigenen Gebrauche erlaubt.

11) In den ehemaligen hannover'schen Bezirken (Kreis Wiedenbrück im Regierungsbezirke Minden) gilt die hannover'sche Gesetzgebung, wie sie am 21. Juni 1815 vorgefunden worden ist. Es befinden sich keine Anhänger des jüdischen Glaubens dort. Wer dorthin übersiedelt, ist nichts als Schutzjude. (Ministerialrescr. vom 5. Januar 1840.)

12—16) Eben so sind in den ehemals schwarzburg-rudolstädtischen, sondershausischen, weimar'schen, niederländischen und österreichischen Landestheilen, welche 1815 und 1816 an Preußen kamen, die weitläufigen Bestimmungen dieser so sehr verschiedenen Gesetzgebungen in Giltigkeit, also in Einem Staate nebeneinander die niederländische und die — böhmische!

17) In den ehemals französischen Landestheilen (dem größten Theile der jetzigen Rheinprovinz und Westphalens) war zur Zeit der preußischen Besitznahme die französische vollkommene Emancipation, die Oeffentlichkeitserklärung des jüdischen Cultus und die Anwendung des Code, als alleinige Beschränkung dagegen noch das Decret von 1808 in Kraft. Die ursprüngliche Geltung des letzteren auf nur 10 Jahre ward 1818 auf unbestimmte Zeit hinausgeschoben. Im übrigen sprach die Cabinetsordre vom 8. Aug. 1830 die Geltung der übrigen während der französischen Zeit giltigen Rechtsverhältnisse in ihrem ganzen Inhalte aus. Gesetzlich ward den Juden auch hier nur die active und passive Wählbarkeit zu Provinzialständen abgesprochen. Nicht allein ward aber in der Praxis kein Jude zu einem öffentlichen Amte zugelassen, nicht allein sprach sich kurz nach den angeführten eine andere Cabinetsordre auf den Bericht der dortigen Regierung, daß ein solches seit der Kaiserzeit in den Händen eines Juden sich befände, dahin aus, daß abgewartet werden solle, ob derselbe vielleicht die Taufe annehme, dann aber dasselbe ihm entzogen werden müsse: nein! es hat auch eine Allg. Cabinetsordre vom 14. November 1842 ohne weiteres festgesetzt, daß Juden weder zur Auscultatur, noch zum Referendariate oder zur Advocatur zugelassen

werden sollen, im Widerspruche also mit der Cabinetsordre von 1830 und namentlich mit dem Art. 16 der teutschen Bundesacte. — Nur zu Geschworenen wurden sie auch bis vor kurzer Zeit gewählt, und die Natur dieses Institutes bürgt dafür, daß hierin wenigstens eine Cabinetsordre nichts anderes verfügen werde. Für die Juden des linken Rheinufers besteht ein Consistorium zu Bonn, natürlich ohne finanzielle Unterstützung durch den Staat. Cultus- und Unterrichtswesen sind dort, wie in Posen, unter Aufsicht der Regierung gestellt.

18) Ganz dasselbe gilt von den ehemals zum Großherzogthume Berg gehörigen Landestheilen [84]) und

19) in den früher zum Königreiche Westphalen, jetzt zu den Provinzen Westphalen, Sachsen und Brandenburg gehörigen Bezirken, wo die westphälische Gleichstellung (Decret vom 27. Jan. und 31. März 1808) in Bezug auf das öffentliche, das Privatrecht und den Cultus anerkannt ist, insbesondre durch das Rescript vom 7. März 1828 und die A. Cabinetsordre von 1830. Ministerialrescripte bestimmen, außer den Gesetzen, welche die Wählbarkeit zu Provinzialständen und das Patronatrecht den Juden absprechen, auch die Unfähigkeit derselben zu Staatsämtern. Ein Consistorium besteht ebenfalls nicht mehr. Nur das Stadtbürgerrecht wird gestattet. In den 4 Kreisen Paderborn, Büren, Warburg und Hörter aber (Regierungsbezirk Minden) sind sogar in anderer Beziehung durch die Cabinetsordre vom 20. Sept. 1836 Beschränkungen eingetreten, indem erstens Juden bäuerliche Grundstücke mit jüdischem Gesinde bewirthschaften müssen, bei Strafe der sonst vorzunehmenden Subhastation, zweitens alle Schuldurkunden von Christen an Juden gerichtlich registrirt werden müssen, bei Strafe der Klagabweisung. Es ist dieß auch auf alle früheren Schuldbekenntnisse anzuwenden, und der Richter hat beim Verdachte des Wuchers die Aufnahme zu versagen. Im Jahre 1839 wurde die Selbstbewirthschaftung jener Grundstücke mit christlichem Gesinde gestattet.

20) In der Stadt Wetzlar gilt die großherzogl. Frankfurter Gesetzgebung, mithin vollkommene Gleichstellung, freilich nicht in der Praxis, zumal was die Staatssphäre betrifft. Die ständischen Rechte sind ohnehin gesetzlich abgesprochen.

Das königlich bayersche Edict von 1813 hatte die Juden (jetzt 54,000) dem Staate nähern wollen, indem es Schutzbriefe, Schutzgelder und Concessionen, auch die alte abschließende Corporationsverfassung jüdischer Gemeinden aufhob, ihre Mitglieder dem Gemeindeverbande näherte, Annahme vom Familiennamen und teutsche Buchhaltung ihnen zur Vorschrift machte und Handel und jegliches auch zünftige Gewerbe — mit Ausnahme der Brauereien und mit einiger Beschränkung des Nothhandels — verstattete; im Jahre 1843 verbietet eine königliche Verordnung allen Juden jeden Handel mit Landesproducten, welcher denselben bisher im Auslande einen großen Absatz ver-

84) Die verschiedenen Ortschaften sind genannt bei v. Rönne u. Simon a. a. O. S. 376, 377.

schafft hat. Von politischen Rechten kann nicht die Rede sein. Es sollen nicht allein ausländische Juden nicht aufgenommen, sondern auch inländische vermindert werden. Daher die Erschwerung des Heurathens, indem zur Begründung eines eigenen Hausstandes eine Matrikel nöthig ist, die Zahl der letzteren aber nicht vergrößert werden darf. Daneben gibt es noch in einigen Gegenden Schutz-, Gänse- und Extragelder. — Cultus und Unterricht sollte zwar durch Verordnungen in den Jahren 1826 und 1827 geregelt werden, indeß ist eine wahrhafte Wirksamkeit nie ins Leben getreten. — Den traurigsten Anblick aber gewähren die privatrechtlichen Beschränkungen, unter welchen hier das durch 40 verschiedene, von mannigfachen Modificationen begleitete, in der Hauptsache aber übereinstimmende Gesetzgebungen, so z. B. durch die Würzburger Judenordnung von 1750 u. a. m., anbefohlene Registriren aller zwischen Christen und Juden abzuschließenden Verträge seiten des competenten Richters die drückendste ist. — In der Rheinpfalz (Rheinbayern) ist Gemeindebürgerrecht gestattet und das franz. Decret von 1808 aufgehoben, jedes Gemeinde- und politische Amt aber versagt.

Die freie Religionsübung der Juden im Königreiche Sachsen, welche namentlich durch ein Gesetz vom 20. December 1834 und 18. Mai 1837 ausgesprochen worden ist, die finanzielle Unterstützung des jüdischen Cultus und Unterrichtes (nahe an 400 Thaler) aus der Staatscasse, stellt den jüdischen Glauben in diesem Staate als einen anerkannten dar. Durch das Gesetz vom 16. Aug. 1838 einige Modificationen in den bürgerlichen Verhältnissen der Juden betr. ist der Aufenthalt derselben auf Dresden und Leipzig beschränkt. Das Ortsbürgerrecht wird und muß erlangt werden durch Betrieb irgend eines bürgerlichen Gewerbes, wobei aber Klein- und Ausschnitthandel, Gast- und Schanknahrung (Restaurationen für Juden ausgenommen) und Branntweinbrennereien ausgeschlossen bleiben; die Zahl zünftiger Handwerker darf das Verhältniß der jüdischen zur christlichen Bevölkerung nicht übersteigen. Der Nothhandel ist beschränkt, kann nur auf Concession betrieben werden und gewährt keinen Anspruch auf Bürgerrecht. Zum Groß-, Speditions- und Commissionshandel ist besondere Concession des Ministeriums des Inneren erforderlich. Der Erwerb eines städtischen, aber nicht ländlichen Grundstückes ist verstattet, es darf dasselbe jedoch nicht innerhalb 10 Jahren von der Kaufconfirmation an freiwillig veräußert werden. Ehrenbürgerrechte sind, mithin auch jede Wahlfähigkeit zu Communalämtern und Volksvertretung, versagt. Ueber Staatsämter und Advocatur ist ausdrücklich weder in den älteren noch in den neueren Gesetzen etwas gesetzlich festgestellt. Die Bestimmungen des Civil- und Criminalrechtes sind bei den Juden ohne Ausnahme anwendbar. Auch der jüdische Eid hat eine entsprechende Form statt der früheren, mehr einem Selbstfluch ähnlichen, erhalten. — Mißlich ist der Umstand, daß die früheren Judenverordnungen, deren Geist unmöglich mit dem der jetzigen Gesetzgebung übereinstimmt, namentlich das Mandat von 1746 und die Judenordnung von 1772 nicht ausdrücklich aufgehoben worden sind. Sie können, da sie sonach zum Theil als noch giltig betrachtet

nannten Provinzen greifen aber auch die Bestimmungen der Criminalordnung Platz, wonach Juden in Criminalfällen nie vollen Beweis machen und in den Provinzen, wo noch Schutzjuden existiren, führen Münzverbrechen Verlust des Schutzes herbei! Dazu kommen in der Civilgesetzgebung die erschwerten Förmlichkeiten des jüdischen Eides, in der Rheinprovinz und Westphalen das Decret von 1808 (auf dessen Aufhebung für ihren Bezirk die rheinischen Provinzialstände kürzlich einen Antrag gestellt haben), die Wechselmündigkeit der Juden in den vormals königl. sächs. Landestheilen mit dem 21. Lebensjahre und die Anwendung des Wuchermandates vom 1. Aug. 1811 daselbst, welches gerichtliche Recognition von Schuldurkunden und baare vor Gericht geschehene Auszahlung der Valuta anbefiehlt, in Ostpreußen, nach dem dortigen Provinzialrechte, die Klagbarkeit einer Schuld aus gewissen jüdischen Urkunden (Mamre's genannt); in einigen Landestheilen ist die Klagbarkeit der Verträge sogar noch an die gerichtliche Registrirung derselben geknüpft. Die Zulassung gemischter Ehen zwischen Juden und Christen nach dem preuß. Landrechte ist bestritten, wird aber von tüchtigen Juristen anerkannt [32]).

Die staatsrechtlichen Verhältnisse der Juden in den angegebenen Territorien nun sind folgende:

1) In den alten Provinzen: Brandenburg (mit Ausschluß der Lausitz und des Kottbusser Kreises), die Jerichowschen Kreise, die Provinz Preußen (mit Ausnahme des Kulmer und Michelauer Kreises und der Stadt Thorn), die Provinz Pommern (mit Ausschluß von Neuvorpommern), Schlesien (mit Ausnahme der Oberlausitz), die Stadt Danzig mit ihrem Gebiete, in Bezug auf welche letztere die Judengesetzgebung für die alten Provinzen erst anerkannt, dann widerrufen, endlich 1832 wieder hergestellt worden ist. Hier gilt das Edict vom 11. März 1812, welches in der freisinnigsten Zeit zur Herstellung der Staatseinheit von Hardenberg entworfen, die Juden zu Staatsbürgern erhob und ihnen jedes Gewerbe — dem Systeme der Gewerbefreiheit consequent —, Grundbesitz (die Ministerialverordnungen, welche bis auf die neueste Zeit den Bergbau und den Erwerb von Bergwerkseigenthum verboten, entgegen diesem Edicte von 1812, sind 1839 aufgehoben worden), Gemeinde- und sogar academische Lehr- und Schulämter verstattet hat. Es eröffnete zugleich die Aussicht auf ein künftiges Gesetz, inwiefern Juden auch zu anderen Staatsämtern zugelassen, und eine Ordnung des jüdischen Cultus- und Unterrichtswesens von Staatswegen eingeführt werden sollten. Beides ist nicht in Erfüllung gegangen, die Staats-, ja die höchsten Gemeindeämter (Oberbürgermeisterstelle, welche der letzte rheinische Landtag den Juden durch ihren Antrag wieder vindiciren will) sind definitiv abgesprochen und die Schul- und academischen Stellen 1822 durch Cabinetsordre wieder entzogen worden. Die jüdische Religionsgesellschaft wird als Privatgesellschaft betrachtet, und eine Einmischung des Staates in ihre Einrichtungen versagt, auch kein Rabbiner bestätigt, was noch vor 1823 zuweilen der Fall war. Dennoch

32) v. Rönne und Simon a. a. O. S. 461 flg.

wurden die reformirten Synagogen (Tempel) zu Berlin, Königsberg und Breslau von Polizeiwegen geschlossen, nachdem kurz zuvor die Statuten der preußischen Missionsgesellschaft zu Bekehrung der Juden, welche die höchsten Staatsbeamten unter ihren Mitgliedern zählte, im Jahre 1823 bestätigt worden waren. Seitdem sind bis nach 1830 über 1600 Juden in Preußen zum Christenthume übergetreten, nachher sind diese Fälle seltener geworden. Den Besitzern von Rittergütern steht keine Patrimonialgerichtsbarkeit, also auch nicht das Recht, Justitiare zu ernennen[33]), kein actives oder passives Wahlrecht zu den Provinziallandtagen, ja vielleicht auch nicht das Recht zu, die Uniform zu tragen; ebenso kein Richteramt, nicht einmal das eines Schiedsrichters (dagegen war die Praxis); wohl aber dürfen sie, hiermit im Widerspruche, Bauinspectoren werden. Alles dieß jedoch ist durch bloße Ministerialrescripte und zum Theil, wie die angeführte von 1822, nicht publicirte, Cabinetsordres, überhaupt aber meist in der Praxis, nicht aber immer durch förmliche Gesetze anerkannt. Ja es wurde 1822 der Leibzoll für russische Juden eingeführt und als Grund hierzu die Retorsion gegen eine ähnliche Maßregel Rußlands für preußische Juden angegeben, obschon hiernach alle Russen dem Leibzolle hätten unterworfen werden sollen. — Die Juden können das Staats- und städtische Bürgerrecht erwerben, selbst der Bürgereid aber muß in der Synagoge geleistet werden. Eben so ist die Militärpflicht vorgeschrieben.

2) Für das Großherzogthum Posen gilt das Gesetz vom 1. Juni 1833 nebst Instruction vom 14. Januar 1834. Hier bildet zwar die Judenschaft jedes Ortes eine nur vom Staate geduldete Religionsgesellschaft, in Bezug auf ihre Vermögensangelegenheiten aber — sonderbar genug nur hier — eine Corporation, welche unter Aufsicht eines Regierungscommissars durch Repräsentanten ihre Verwaltungsbeamten wählt, deren Rechte und Pflichten nach Analogie der Vorschriften der Städteordnung zu beurtheilen sind. Militärpflicht ist nicht eingeführt, dafür wird ein Recrutengeld bezahlt, welches jedoch für den freiwillig Dienenden wegfällt. Die Juden selbst zerfallen in naturalisirte, welche Handel und Gewerbe treiben, Grundbesitz erwerben und überall in der Provinz sich niederlassen können, und nicht naturalisirte, welche vorher weder Gewerbe, Kunst, Wissenschaft betrieben, noch Grundstücke im Werthe von 2000 Thalern oder Capitalvermögen von 5000 Thalern besessen haben und auf Certificate, die jährlich zu erneuern sind, leben. Diese sind Beschränkungen bei ihrem Wohnsitze auf dem Lande unterworfen, dürfen christliche Lehrlinge, Gesellen und Dienstboten nicht halten, Darlehensgeschäfte giltig nur vor der competenten Obrigkeit mit Christen und einen Schuldanspruch für verkaufte berauschende Getränke gar nicht an dieselben machen, das Schankgewerbe auf dem Lande nicht betreiben und vor dem 24. Jahre in der Regel nicht heurathen.

---

33) v. Rönne und Simon, a. a. O. S. 280, will den Juden dieses Recht, gegen Koch, vindiciren, weil die Unfähigkeit zur Ausübung politischer Rechte nirgend ausgesprochen sei. Vgl. jedoch das Rescript des Ministeriums des Innern vom 31. Januar 1820 und vom 17. August 1827. Freilich betrachten die scharfsinnigen Verf. Ministerialrescripte nicht für Gesetze.

3) Im Kulmer und Michelauer Kreise und im Gebiete der Stadt Thorn ist die herzogl. Warschau'sche Verordnung vom 10. Oct. 1808 in Kraft, wodurch die französische vollkommene Gleichstellung eingeführt worden ist. Die politischen Rechte sind 1815 nur bis 1818 suspendirt worden, mußten aber von da an wieder ausgeübt werden können, was aber die Praxis verbietet. Seit 1840 zahlen diejenigen Juden, welche im Militär nicht dienen wollen, ein Recrutengeld. Die ständische Vertretung aber ist ihnen durch das Gesetz von 1824, die Provinzialstände betreffend, hier ausdrücklich entzogen worden. Durch Ministerialrescript von 1815, nicht aber durch Gesetze ist der Grundbesitz an harte Bedingungen, namentlich an die Enthaltung von polnischem Barte und polnischer Kleidung geknüpft. In demselben Jahre wurde eine Fleischabgabe aufgehoben. Die Krug- und Schanknahrung, auch das Branntweinbrennen ist, soweit sie nicht schon bestehen, untersagt.

4) Das Herzogthum Sachsen kennt keine jüdischen Staats-, auch wohl deßhalb keine Stadtbürger. Es gilt dort das kursächsische Mandat vom 16. Aug. 1746 mit seinem Concessionensysteme, daher auch noch kein Jude seinen bleibenden Aufenthalt in der Provinz selbst verändern kann, ohne besondere Concession des Ministeriums des Innern. Grund- und antichretischer Pfandbesitz ist ihnen versagt. Allen nicht mit Concessionen versehenen Juden ist nur auf Jahrmärkten der Handel gestattet, allen und jeden aber der Handel mit Bergwerkproducten und Garn untersagt. Die besonderen Judensteuern sind als aufgehoben zu betrachten.

5) In der Ober- und Niederlausitz ist das zuletzt angeführte Mandat nicht recipirt, aber es fehlt auch an jeder gesetzlichen Bestimmung über die Rechte der Juden. Handel, mit Ausnahme des Hausirens, und jedes Gewerbe ist ihnen durch Ministerialrescript von 1836 ausdrücklich gestattet.

6) Im Schleusinger Kreise (ehemals Henneberg) besteht eine absonderliche Judenverfassung, nach welcher insbesondre eine Normalzahl dieser Glaubensgenossen nicht überschritten werden soll.

7) Für die Juden Neuvorpommerns und Rügens bestimmt das noch giltige schwedische Regierungspatent vom 23. Nov. 1810 die Erlaubniß der Fabriken, der Handwerke, des Grundbesitzes (für schon concessionirte Juden), Schiffsrhedereibetrieb und Handel mit roher Wolle, nicht aber der anderen rohen Producte, wie ein Ministerialrescript von 1822 ausdrücklich besagt.

8) Im Herzogthume Westphalen. In Rücksicht auf gewisse Steuer- und Strafgesetze nimmt das Finanzministerium noch eine alte Judenordnung von 1701 für bestehend an, nicht so die dortigen Obergerichte. Jedenfalls aber sind die dortigen Juden nach den Verordnungen der darmstädtischen Regierung von 1805, 1806 und 1812 nur Schutzverwandte. Schutzgeld (1250 Thaler) bestand bis 1832, wo es endlich aufgehoben wurde. Im Handel, Landbaue und Gewerbbetriebe stehen sie den Christen gleich; dagegen ist Grundbesitz für sie nur unter Genehmigung der Regierung möglich. Stadtbürgerrecht und das Recht

zur Communalämterbekleidung ist nur an einigen Orten, der ländliche Wohnsitz allgemein erlaubt. Höhere politische Rechte fehlen überall. Seit 1818 steht die Gemeindeverwaltung unter Aufsicht der Regierung.

9) In der Grafschaft Wittgenstein gilt von Rechtswegen, bei dem Mangel späterer Gesetze, die Wittgenstein'sche Polizeiordnung vom 1. Mai 1573; wenigstens ist davon nur das 13. Capitel, welches die Juden für vogelfrei erklärt, ausdrücklich durch Verordnung des Ministeriums des Innern vom Jahre 1842, gegen die Cabinetsordre von 1830 aufgehoben, sowie auch das bisher bestandene Schutzgeld (241 Thaler) im Jahre 1832. Das städtische Bürgerrecht richtet sich nach dem Ortsgebrauche, das Wohnen auf dem Lande wird nicht gestattet; wohl aber besitzen die Juden Grundeigenthum.

10) In den ehemaligen nassauischen Bezirken gelten für die Verfassung der Juden 6 verschiedene Verordnungen, publicirt zwischen 1607—1813. Sie sind Schutzunterthanen, und Aufenthalt und Handel ist ihnen nur in 3 Städten gestattet, in Diez, Hadamar und Herborn. Grundbesitz ist nur zum eigenen Gebrauche erlaubt.

11) In den ehemaligen hannover'schen Bezirken (Kreis Wiedenbrück im Regierungsbezirke Minden) gilt die hannover'sche Gesetzgebung, wie sie am 21. Juni 1815 vorgefunden worden ist. Es befinden sich keine Anhänger des jüdischen Glaubens dort. Wer dorthin übersiedelt, ist nichts als Schutzjude. (Ministerialrescr. vom 5. Januar 1840.)

12—16) Eben so sind in den ehemals schwarzburg-rudolstädtischen, sondershausischen, weimar'schen, niederländischen und österreichischen Landestheilen, welche 1815 und 1816 an Preußen kamen, die weitläufigen Bestimmungen dieser so sehr verschiedenen Gesetzgebungen in Giltigkeit, also in Einem Staate nebeneinander die niederländische und die — böhmische!

17) In den ehemals französischen Landestheilen (dem größten Theile der jetzigen Rheinprovinz und Westphalens) war zur Zeit der preußischen Besitznahme die französische vollkommene Emancipation, die Oeffentlichkeitserklärung des jüdischen Cultus und die Anwendung des Code, als alleinige Beschränkung dagegen noch das Decret von 1808 in Kraft. Die ursprüngliche Geltung des letzteren auf nur 10 Jahre ward 1818 auf unbestimmte Zeit hinausgeschoben. Im übrigen sprach die Cabinetsordre vom 8. Aug. 1830 die Geltung der übrigen während der französischen Zeit giltigen Rechtsverhältnisse in ihrem ganzen Inhalte aus. Gesetzlich ward den Juden auch hier nur die active und passive Wählbarkeit zu Provinzialständen abgesprochen. Nicht allein ward aber in der Praxis kein Jude zu einem öffentlichen Amte zugelassen, nicht allein sprach sich kurz nach den angeführten eine andere Cabinetsordre auf den Bericht der dortigen Regierung, daß ein solches seit der Kaiserzeit in den Händen eines Juden sich befände, dahin aus, daß abgewartet werden solle, ob derselbe vielleicht die Taufe annehme, dann aber dasselbe ihm entzogen werden müsse: nein! es hat auch eine Allg. Cabinetsordre vom 14. November 1842 ohne weiteres festgesetzt, daß Juden weder zur Auscultatur, noch zum Referendariate oder zur Advocatur zugelassen

werden sollen, im Widerspruche also mit der Cabinetsordre von 1830 und namentlich mit dem Art. 16 der teutschen Bundesacte. — Nur zu Geschworenen wurden sie auch bis vor kurzer Zeit gewählt, und die Natur dieses Institutes bürgt dafür, daß hierin wenigstens eine Cabinetsordre nichts anderes verfügen werde. Für die Juden des linken Rheinufers besteht ein Consistorium zu Bonn, natürlich ohne finanzielle Unterstützung durch den Staat. Cultus- und Unterrichtswesen sind dort, wie in Posen, unter Aufsicht der Regierung gestellt.

18) Ganz dasselbe gilt von den ehemals zum Großherzogthume Berg gehörigen Landestheilen [84]) und

19) in den früher zum Königreiche Westphalen, jetzt zu den Provinzen Westphalen, Sachsen und Brandenburg gehörigen Bezirken, wo die westphälische Gleichstellung (Decret vom 27. Jan. und 31. März 1808) in Bezug auf das öffentliche, das Privatrecht und den Cultus anerkannt ist, insbesondre durch das Rescript vom 7. März 1828 und die A. Cabinetsordre von 1830. Ministerialrescripte bestimmen, außer den Gesetzen, welche die Wählbarkeit zu Provinzialständen und das Patronatrecht den Juden absprechen, auch die Unfähigkeit derselben zu Staatsämtern. Ein Consistorium besteht ebenfalls nicht mehr. Nur das Stadtbürgerrecht wird gestattet. In den 4 Kreisen Paderborn, Büren, Warburg und Hörter aber (Regierungsbezirk Minden) sind sogar in anderer Beziehung durch die Cabinetsordre vom 20. Sept. 1836 Beschränkungen eingetreten, indem erstens Juden bäuerliche Grundstücke mit jüdischem Gesinde bewirthschaften müssen, bei Strafe der sonst vorzunehmenden Subhastation, zweitens alle Schuldurkunden von Christen an Juden gerichtlich registrirt werden müssen, bei Strafe der Klagabweisung. Es ist dieß auch auf alle früheren Schuldbekenntnisse anzuwenden, und der Richter hat beim Verdachte des Wuchers die Aufnahme zu versagen. Im Jahre 1839 wurde die Selbstbewirthschaftung jener Grundstücke mit christlichem Gesinde gestattet.

20) In der Stadt Wetzlar gilt die großherzogl. Frankfurter Gesetzgebung, mithin vollkommene Gleichstellung, freilich nicht in der Praxis, zumal was die Staatssphäre betrifft. Die ständischen Rechte sind ohnehin gesetzlich abgesprochen.

Das königlich bayersche Edict von 1813 hatte die Juden (jetzt 54,000) dem Staate nähern wollen, indem es Schutzbriefe, Schutzgelder und Concessionen, auch die alte abschließende Corporationsverfassung jüdischer Gemeinden aufhob, ihre Mitglieder dem Gemeindeverbande näherte, Annahme vom Familiennamen und teutsche Buchhaltung ihnen zur Vorschrift machte und Handel und jegliches auch zünftige Gewerbe — mit Ausnahme der Brauereien und mit einiger Beschränkung des Nothhandels — verstattete; im Jahre 1843 verbietet eine königliche Verordnung allen Juden jeden Handel mit Landesproducten, welcher denselben bisher im Auslande einen großen Absatz ver-

---

84) Die verschiedenen Ortschaften sind genannt bei v. Rönne. u. Simon a. a. O. S. 376, 377.

schafft hat. Von politischen Rechten kann nicht die Rede sein. Es sollen nicht allein ausländische Juden nicht aufgenommen, sondern auch inländische vermindert werden. Daher die Erschwerung des Heurathens, indem zur Begründung eines eigenen Hausstandes eine Matrikel nöthig ist, die Zahl der letzteren aber nicht vergrößert werden darf. Daneben gibt es noch in einigen Gegenden Schutz-, Gänse- und Extragelder. — Cultus und Unterricht sollte zwar durch Verordnungen in den Jahren 1826 und 1827 geregelt werden, indeß ist eine wahrhafte Wirksamkeit nie ins Leben getreten. — Den traurigsten Anblick aber gewähren die privatrechtlichen Beschränkungen, unter welchen hier das durch 40 verschiedene, von mannigfachen Modificationen begleitete, in der Hauptsache aber übereinstimmende Gesetzgebungen, so z. B. durch die Würzburger Judenordnung von 1750 u. a. m., anbefohlene Registriren aller zwischen Christen und Juden abzuschließenden Verträge seiten des competenten Richters die drückendste ist. — In der Rheinpfalz (Rheinbayern) ist Gemeindebürgerrecht gestattet und das franz. Decret von 1808 aufgehoben, jedes Gemeinde- und politische Amt aber versagt.

Die freie Religionsübung der Juden im Königreiche Sachsen, welche namentlich durch ein Gesetz vom 20. December 1834 und 18. Mai 1837 ausgesprochen worden ist, die finanzielle Unterstützung des jüdischen Cultus und Unterrichtes (nahe an 400 Thaler) aus der Staatscasse, stellt den jüdischen Glauben in diesem Staate als einen anerkannten dar. Durch das Gesetz vom 16. Aug. 1838 einige Modificationen in den bürgerlichen Verhältnissen der Juden betr. ist der Aufenthalt derselben auf Dresden und Leipzig beschränkt. Das Ortsbürgerrecht wird und muß erlangt werden durch Betrieb irgend eines bürgerlichen Gewerbes, wobei aber Klein- und Ausschnitthandel, Gast- und Schanknahrung (Restaurationen für Juden ausgenommen) und Branntweinbrennereien ausgeschlossen bleiben; die Zahl zünftiger Handwerker darf das Verhältniß der jüdischen zur christlichen Bevölkerung nicht übersteigen. Der Nothhandel ist beschränkt, kann nur auf Concession betrieben werden und gewährt keinen Anspruch auf Bürgerrecht. Zum Groß-, Speditions- und Commissionshandel ist besondere Concession des Ministeriums des Inneren erforderlich. Der Erwerb eines städtischen, aber nicht ländlichen Grundstückes ist verstattet, es darf dasselbe jedoch nicht innerhalb 10 Jahren von der Kaufconfirmation an freiwillig veräußert werden. Ehrenbürgerrechte sind, mithin auch jede Wahlfähigkeit zu Communalämtern und Volksvertretung, versagt. Ueber Staatsämter und Advocatur ist ausdrücklich weder in den älteren noch in den neueren Gesetzen etwas gesetzlich festgestellt. Die Bestimmungen des Civil- und Criminalrechtes sind bei den Juden ohne Ausnahme anwendbar. Auch der jüdische Eid hat eine entsprechende Form statt der früheren, mehr einem Selbstfluch ähnlichen, erhalten. — Mißlich ist der Umstand, daß die früheren Judenverordnungen, deren Geist unmöglich mit dem der jetzigen Gesetzgebung übereinstimmt, namentlich das Mandat von 1746 und die Judenordnung von 1772 nicht ausdrücklich aufgehoben worden sind. Sie können, da sie sonach zum Theil als noch giltig betrachtet

werden müssen, Schwierigkeiten, namentlich hinsichtlich der Handelsreisen der inländischen Juden im Lande, bereiten. Namentlich hat man, bei Aufhebung der privatrechtlichen Beschränkungen, vorzüglich des Mandates vom 1. August 1811, das Mandat vom 21. April 1724 außer Acht gelassen, welches dem für den jüdischen Wechselgläubiger Wechselunmündigen härtere Strafen androht als dem Christen. — Die Aufnahme fremder Juden ist von der Concession des Ministeriums des Innern abhängig, welche aber dieselbe erst nach der Zustimmung des Stadtrathes und der Stadtverordneten des beabsichtigten Wohnortes ertheilt. Ihr Aufenthalt im Lande ist durch Verordnung von 1839, welche aber mit den Zollvereinsverträgen collidirt, erschwert.

Von den anhalt'schen Staaten haben Bernburg und Köthen den Juden freien Handel, jedes Gewerbe, das Bürgerrecht, nur nicht politische Aemter bewilligt. Der Cultus ist anerkannt; das Privatrecht kennt keine Beschränkungen für sie. Dagegen hat Dessau — dem blos des Zusammenhanges wegen hier ein Platz eingeräumt wird, während es seiner Gesetzgebung zufolge neben Hannover aufgeführt werden sollte — nur noch Schutzjuden mit den analogen Auflagen. Es werden dieselben in die Zünfte nicht aufgenommen, daher sie als Handwerker nur Freimeister werden. Der Handel steht ihnen offen, und der Cultus ist unter Aufsicht der Regierung gestellt, insofern der Rabbiner bestätigt werden muß. Uebersiedelungen derselben von einem Orte nach dem anderen sind verboten.

Alle sächsischen Länder älterer Linie (in Altenburg gibt es gar keine Juden) haben mehr oder minder den jüdischen Cultus und Unterricht zu heben gesucht. — Sachsen-Weimar hat für seine jüdischen Unterthanen (etwa 1500 an der Zahl) durch das Edict vom 20. Juni 1823 Handel und Gewerbe — mit Ausnahme der Bierbrauerei, Bäckerei, Metzgerei, Schank- und Gastwirthschaft — nebst Aufnahme in die Zünfte, in der Regel freie Uebersiedelung im Lande, Grundbesitz, aber auch gemischte Ehen, als alleinige Ausnahme in Teutschland, wo nicht die Civilehe gilt, unter der Bedingung verstattet, daß die daraus erzeugten Kinder in der christlichen Religion erzogen werden. Der Hausir- und Jahrmarktshandel ist beschränkt. Hinsichtlich der Auflagen und aller Privatrechtsgesetze stehen sie den Christen gleich. Gemeinde- und politische Aemter sind ihnen unzugänglich. Der Cultus ist frei und der Regierung unterstellt, erhält auch Unterstützung nach derselben Weise, wie der christliche. Einen Eingriff in dessen inneres Wesen machte jedoch die Gottesdienstordnung, welche teutschen Gottesdienst zur Pflicht machte und davon die Erlaubniß zum Handelsbetriebe abhängig machte. Eine Vorschrift, die bis 1837 suspendirt war, dann doch ins Leben trat. — Coburg-Gotha (mit 1100 Juden) dagegen kennt Beschränkungen in der gewerblichen Sphäre. Meiningen-Hildburghausen hat hinsichtlich seiner Juden (etwa 1500) in dem Gesetze von 1841 einen Unterschied gemacht zwischen Staatsbürgern — welche den Christen, mit Ausnahme der activen und passiven staatsbürgerlichen Rechte (Gemeinde- und politische Aemter) nach Art. 67. 68. 70. 71. der Constitution, der Beschränkung des

Güterhandels und der Nichtveräußerung der Grundstücke vor dem binnen 5 Jahren gehabten Besitze, gleichgestellt sind — und blos Tolerirten, zu welchen alle Nothhandel Treibenden gehören; privatrechtliche Beschränkungen sind außerdem nicht vorhanden. Den freien Cultus und Unterricht ordnet das nämliche Gesetz und fördert der Staat.

Schwarzburg-Sondershausen hat unter seinem erleuchteten Fürsten Günther Einiges für Verbesserung der Lage seiner jüdischen Unterthanen gethan. Die Gleichstellung wird noch erwartet.

Frankfurt a. M. hat alsbald nach Wiedererlangung seiner Freiheit die Emancipation, welche sein früherer Fürst Primas den Juden (jetzt über 6000) 1811 gewährt hatte, zurückgenommen[35]). Das Bürgerrecht ist ihnen versagt, doch stehen Handel und Gewerbe vollkommen frei, und ein Schutzverhältniß ist nicht, wohl aber eine Judenstraße vorhanden.

In Hamburg (8000 Juden) ward der vom Senate der Bürgerschaft vorgelegte und anempfohlene Entwurf zur Emancipation (welche unter der französischen Herrschaft schon Platz gegriffen hatte) von der letzteren abgelehnt. Ein Judenreglement von 1710, welches die Praxis zum Theil verändert hat, bildet die Gesetzesnorm. Das Grossogeschäft ist den Juden gestattet und bildet in der Hand der Juden zum großen Theile den Glanz der Stadt, aber weder Detailhandel — Hausiren und Feilhalten auf Straßen ausgenommen — noch Handwerke, noch weniger die Advocatur und das öffentliche Lehramt, wohl aber die medicinische Praxis. Vom Bürgerrechte ist keine Spur. Kein Jude darf ein eigenes Schiff unter der Stadtflagge führen. Mit eigenen Abgaben sind die Juden nicht belastet. Erwerb von Grundbesitz ist in der Regel nur in der Judenstadt gestattet und bedarf noch besonderer Concession. — Im allgemeinen gibt es jedoch keine privatrechtlichen Beschränkungen, und steht Cultus und Gemeindeverfassung auch nicht unter Aufsicht des Staates, so kommen den Anstalten des ersteren doch die für christliche Kirchen geltenden Befreiungen zu.

Im Königreiche Hannover hatte ein noch von der letzten Regierung im Jahre 1836 den Ständen vorgelegter Entwurf die Absicht, eine Verbesserung der überaus schlimmen Lage der Juden herbeizuführen — von welchen nur die ostfriesischen durch noch giltige Theile des preußischen Edictes von 1812 und eine Gewerbeverfassung, so wie die Harmens und Verdens durch Gestattung des freilich beschränkten Grundbesitzes eine Ausnahme machen —, namentlich auch das Schutzverhältniß aufzuheben. Es ist nun zwar den Juden die Erlernung von Handwerken gestattet und die Wahl mancher Gewerbe, so wie das Bürgerrecht, von dem der Nothhandel ganz ausschließt, ausnahms-, die Advocatur dispensationsweise schon seit längerer Zeit, auch beschränkter Grundbesitz gestattet; die Unterthanen jüdischen Glaubens aber sind und bleiben Schutzjuden. — Pri-

35) Eine deßhalb an den Bundestag gerichtete Beschwerde blieb ohne Wirkung. Bender, der frühere und jetzige Zustand der Israeliten zu Frankf. a. M., nebst Verbesserungsvorschlägen. Frankf. 1833. Zu vgl. sind noch die rechtlichen Gutachten der Juristenfacultäten zu Gießen und Marburg über die Ansprüche der Israeliten zu Frankfurt auf das Bürgerrecht.

vatrechtliche Beschränkungen sind im allgemeinen nicht anzuwenden. Cultus und der Unterricht ist der Regierung unterstellt.

Einen traurigen Anblick bietet zum Schlusse die österreichische Gesetzgebung in Betreff der Juden (420,000), welche den Geist des Joseph'schen Toleranzedictes jedenfalls nicht fortgebildet hat. Cultus und Unterricht stehen zwar seitdem unter Aufsicht der Regierung, auch soll jeder Rabbiner nach einer Verordnung von 1837 eine Prüfung über seine, namentlich philosophische und pädagogische Bildung ablegen. Alles dieß wird jedoch sehr selten ausgeführt. — Allgemein ist das Betreiben der Manufactur und des Handels, die, freilich beschränkte Advocatur, die ärztliche Praxis, die Ausübung von Handwerken, zugleich die Aufnahme in die Zünfte in Böhmen, nicht aber in Mähren, wo sogar noch Schutzgeld entrichtet werden muß, gestattet. Der Grundbesitz ist mit vielen Beschränkungen verknüpft, daher auch der Landbau, welcher von böhmischen und mährischen Juden betrieben wird, selten gedeihliche Früchte erzeugt. In manchen Städten sind sie sogar auf Judenviertel beschränkt, wie zu Teplitz und Prag. In einigen Provinzen, wie in Niederösterreich, ist ihre Aufnahme gar nicht gestattet, und selbst zu Wien leben sie nur auf stets zu erneuernde Schutzzettel. Drückend aber ist, wie in Bayern, die Matrikelverfassung, indem in Wien das Schutzrecht nur auf die Ehefrau und die unversorgten Kinder, in Böhmen die Familiennummer nur auf den erstgebornen Sohn übergeht, in Mähren auch dieser einer neuen bedarf, in Galizien die Verpflichtungstaxen der Verheirathung nachgeborener Söhne (außer dem ältesten) im Wege stehen. Es mögen hier nur erwähnt werden: die böhmische, von allen Juden solidarisch zu entrichtende Judensteuer von 261,000 fl. C.-M., welche in Vermögens-, Familien- und Verzehrungssteuer zerfällt, von denen die erstere allein oft die Höhe von 12%, die zweite von 9% erreicht; ein Verhältniß, das in Mähren und Galizien oft noch drückender wird; die Koscherfleischsteuer und in Galizien der, dem religiösen Gebrauche, Freitag Abends zwei Lichter als Symbol der Geisteserhebung anzuzünden, auferlegte Lichtzündaufschlag, der von dem Aermsten, auch wenn er diese Lichter nicht anzündet, erhoben wird. Dazu kommt der traurige Umstand, daß diese Steuern verpachtet werden, und somit noch einem mittelbaren Drucke, der Chicane, dem Eigennutze, aber auch, da die Fassion (Angabe) des Vermögens, und zwar in crassen Formen, eidlich und durch Androhung des Bannes erhärtet werden muß, der Gewissensverletzung nothwendig Thür und Thor geöffnet wird. In Böhmen ist seit längerer Zeit eine Aufhebung der Steuerpachtgesellschaft beantragt worden, — doch mag der jüngst erfolgte Abgang des Oberstburggrafen Chotek neue Besorgnisse für Abhilfe erwecken, welche man von jenem edlen Manne noch erwarten konnte (die der Erzherz. Stephan indeß jetzt zu verscheuchen gesonnen ist). — In Ungarn und Italien sind diese Beschwerden nicht so groß, namentlich ist die Gewerbefreiheit eine ziemlich ausgedehnte und in erstgenanntem Lande, wo schon mancher Fortschritt in der bürgerlichen Stellung der Juden sich seit kurzem dort durch die Ständetafel kund gethan hat, darf man eine vollkommene bürgerliche Gleichstellung erwarten.

Mecklenburg-Schwerin und **Strelitz** hatten den Juden, das erstere durch Verordnung vom 22. Februar 1812, welches nach Inhalt und Form dem preußischen Edicte von 1812 ganz ähnlich ist, das zweite unmittelbar nach dem Kriegsende, das Bürgerrecht verliehen — alsbald aber, auf Anliegen der Feudalstände, wieder entzogen. In letztgedachtem Lande namentlich bezahlen dieselben seit 1817 wieder **Schutzgeld** und dürfen nur vom Hausirhandel und Schacher leben, indem Handwerke, kaufmännische Geschäfte und Grundbesitz ihnen untersagt sind. Der Militärpflicht sind sie, sonst jedoch keiner Staatslast, ledig. Einige Städte, wie Neustrelitz, besitzen sogar das alte privilegium de non tolerando Judaeos [36]).

Isidor Kaim.

Injurien. Bei keinem Vergehen wird eine so große Verschiedenheit der Ansichten der Völker und daher der verschiedenen Gesetzgebungen bemerkbar, als dieß bei den Injurien der Fall ist. Politische und sittliche Ansichten bei einem Volke bestimmen hier auch die Vorstellungen der Gesetze über Injurien. Je mehr eine scharfe Absonderung der Stände eintritt, desto mehr erhält das, was man Ehre nennt, auch eine mit dem Stande des Geschmähten zusammenhängende Bedeutung. Je mehr bei einem Volke noch die physische Kraft über Alles geschätzt ist, je mehr auf einer tieferen Stufe der Cultur das Volk wilder und trotziger ist, desto mehr wird die persönliche Beleidigung zur Selbsthilfe reizen und die Gesetzgebung wird wenig veranlaßt sein, die Injurien zum Gegenstande ihrer Sorgfalt zu machen. Nach verschiedenen Stufen der Cultur sind es auch verschiedene Eigenschaften, auf welche ein Volk vorzüglich Werth legt, und eine Aeußerung, welche den Glauben an den Besitz solcher besonders hochgeachteter Eigenschaften bezweifelt, erscheint dann als die schwerste Kränkung, z. B. wenn bei einem tapferen, kriegerischen Volke Jemand die Tapferkeit oder den Muth eines Anderen angreift. Mag man in dem Verbrechen den Angriff auf ein gewisses von dem Staate geschütztes Gut oder ein solches Verhältniß, oder auf ein gewisses Recht finden, so bedarf es immer erst der Verständigung darüber, wie weit und in welchem Umfange der Staat das Gut oder Recht, von dessen Verletzung bei einem Verbrechen die Rede ist, schützen will. Die genaue Festsetzung der Grenzen dieses Schutzes ist um so wichtiger, als das Recht auf Ehre nicht ein durch scharfe von selbst sich verstehende allgemein bekannte Grenzen charakterisirt ist, wie z. B. das Recht auf Leben, auf Eigenthum, und daher die höchste Verschiedenheit der Ansichten darüber herrschen wird, welchen Umfang das Recht auf Ehre hat und worin der Angriff auf dasselbe besteht. Darauf, was der Mensch in dem Gefühle seiner sittlichen Würde und seiner menschlichen Persönlichkeit als seine Ehre ansieht, kann es eben so wenig ankommen, als darauf, was der

36) Wenn die dortigen Juden, worüber von **Rönne** und **Simon**, a. a. O. S. 23, ihr Befremden aussprechen, nicht, wie es von denen der freien Städte geschehen, Beschwerde beim Bundestage erhoben, so ist dieß wohl aus dem Grunde unterblieben, weil man im Jahre 1817 die Fruchtlosigkeit solcher schon aus der Erfahrung kennen gelernt hatte.

3) Im Kulmer und Michelauer Kreise und im Gebiete der Stadt Thorn ist die herzogl. Warschau'sche Verordnung vom 10. Oct. 1809 in Kraft, wodurch die französische vollkommene Gleichstellung eingeführt worden ist. Die politischen Rechte sind 1815 nur bis 1818 suspendirt worden, mußten aber von da an wieder ausgeübt werden können, was aber die Praxis verbietet. Seit 1840 zahlen diejenigen Juden, welche im Militär nicht dienen wollen, ein Recrutengeld. Die ständische Vertretung aber ist ihnen durch das Gesetz von 1824, die Provinzialstände betreffend, hier ausdrücklich entzogen worden. Durch Ministerialrescript von 1815, nicht aber durch Gesetze ist der Grundbesitz an harte Bedingungen, namentlich an die Enthaltung von polnischem Barte und polnischer Kleidung geknüpft. In demselben Jahre wurde eine Fleischabgabe aufgehoben. Die Krug- und Schanknahrung, auch das Branntweinbrennen ist, soweit sie nicht schon bestehen, untersagt.

4) Das Herzogthum Sachsen kennt keine jüdischen Staats-, auch wohl deßhalb keine Stadtbürger. Es gilt dort das kursächsische Mandat vom 16. Aug. 1746 mit seinem Concessionensysteme, daher auch noch kein Jude seinen bleibenden Aufenthalt in der Provinz selbst verändern kann, ohne besondere Concession des Ministeriums des Innern. Grund- und antichretischer Pfandbesitz ist ihnen versagt. Allen nicht mit Concessionen versehenen Juden ist nur auf Jahrmärkten der Handel gestattet, allen und jeden aber der Handel mit Bergwerkproducten und Garn untersagt. Die besonderen Judensteuern sind als aufgehoben zu betrachten.

5) In der Ober- und Niederlausitz ist das zuletzt angeführte Mandat nicht recipirt, aber es fehlt auch an jeder gesetzlichen Bestimmung über die Rechte der Juden. Handel, mit Ausnahme des Hausirens, und jedes Gewerbe ist ihnen durch Ministerialrescript von 1836 ausdrücklich gestattet.

6) Im Schleusinger Kreise (ehemals Henneberg) besteht eine absonderliche Judenverfassung, nach welcher insbesondre eine Normalzahl dieser Glaubensgenossen nicht überschritten werden soll.

7) Für die Juden Neuvorpommerns und Rügens bestimmt das noch giltige schwedische Regierungspatent vom 23. Nov. 1810 die Erlaubniß der Fabriken, der Handwerke, des Grundbesitzes (für schon concessionirte Juden), Schiffsrhedereibetrieb und Handel mit roher Wolle, nicht aber der anderen rohen Producte, wie ein Ministerialrescript von 1822 ausdrücklich besagt.

8) Im Herzogthume Westphalen. In Rücksicht auf gewisse Steuer- und Strafgesetze nimmt das Finanzministerium noch eine alte Judenordnung von 1701 für bestehend an, nicht so die dortigen Obergerichte. Jedenfalls aber sind die dortigen Juden nach den Verordnungen der darmstädtischen Regierung von 1805, 1806 und 1812 nur Schutzverwandte. Schutzgeld (1250 Thaler) bestand bis 1832, wo es endlich aufgehoben wurde. Im Handel, Landbaue und Gewerbbetriebe stehen sie den Christen gleich; dagegen ist Grundbesitz für sie nur unter Genehmigung der Regierung möglich. Stadtbürgerrecht und das Recht

zur Communalämterbekleidung ist nur an einigen Orten, der ländliche Wohnsitz allgemein erlaubt. Höhere politische Rechte fehlen überall. Seit 1818 steht die Gemeindeverwaltung unter Aufsicht der Regierung.

9) In der Grafschaft Wittgenstein gilt von Rechtswegen, bei dem Mangel späterer Gesetze, die Wittgenstein'sche Polizeiordnung vom 1. Mai 1573; wenigstens ist davon nur das 13. Capitel, welches die Juden für vogelfrei erklärt, ausdrücklich durch Verordnung des Ministeriums des Innern vom Jahre 1842, gegen die Cabinetsordre von 1830 aufgehoben, sowie auch das bisher bestandene Schutzgeld (241 Thaler) im Jahre 1832. Das städtische Bürgerrecht richtet sich nach dem Ortsgebrauche, das Wohnen auf dem Lande wird nicht gestattet; wohl aber besitzen die Juden Grundeigenthum.

10) In den ehemaligen nassauischen Bezirken gelten für die Verfassung der Juden 6 verschiedene Verordnungen, publicirt zwischen 1607—1813. Sie sind Schutzunterthanen, und Aufenthalt und Handel ist ihnen nur in 3 Städten gestattet, in Diez, Hadamar und Herborn. Grundbesitz ist nur zum eigenen Gebrauche erlaubt.

11) In den ehemaligen hannover'schen Bezirken (Kreis Wiedenbrück im Regierungsbezirke Minden) gilt die hannover'sche Gesetzgebung, wie sie am 21. Juni 1815 vorgefunden worden ist. Es befinden sich keine Anhänger des jüdischen Glaubens dort. Wer dorthin übersiedelt, ist nichts als Schutzjude. (Ministerialrescr. vom 5. Januar 1840.)

12—16) Eben so sind in den ehemals schwarzburg-rudolstädtischen, sondershausischen, weimar'schen, niederländischen und österreichischen Landestheilen, welche 1815 und 1816 an Preußen kamen, die weitläufigen Bestimmungen dieser so sehr verschiedenen Gesetzgebungen in Giltigkeit, also in Einem Staate nebeneinander die niederländische und die — böhmische!

17) In den ehemals französischen Landestheilen (dem größten Theile der jetzigen Rheinprovinz und Westphalens) war zur Zeit der preußischen Besitznahme die französische vollkommene Emancipation, die Oeffentlichkeitserklärung des jüdischen Cultus und die Anwendung des Code, als alleinige Beschränkung dagegen noch das Decret von 1808 in Kraft. Die ursprüngliche Geltung des letzteren auf nur 10 Jahre ward 1818 auf unbestimmte Zeit hinausgeschoben. Im übrigen sprach die Cabinetsordre vom 8. Aug. 1830 die Geltung der übrigen während der französischen Zeit giltigen Rechtsverhältnisse in ihrem ganzen Inhalte aus. Gesetzlich ward den Juden auch hier nur die active und passive Wählbarkeit zu Provinzialständen abgesprochen. Nicht allein ward aber in der Praxis kein Jude zu einem öffentlichen Amte zugelassen, nicht allein sprach sich kurz nach den angeführten eine andere Cabinetsordre auf den Bericht der dortigen Regierung, daß ein solches seit der Kaiserzeit in den Händen eines Juden sich befände, dahin aus, daß abgewartet werden solle, ob derselbe vielleicht die Taufe annehme, dann aber dasselbe ihm entzogen werden müsse: nein! es hat auch eine Allg. Cabinetsordre vom 14. November 1842 ohne weiteres festgesetzt, daß Juden weder zur Auscultatur, noch zum Referendariate oder zur Advocatur zugelassen

werden sollen, im Widerspruche also mit der Cabinetsordre von 1830 und namentlich mit dem Art. 16 der teutschen Bundesacte. — Zu Geschworenen wurden sie auch bis vor kurzer Zeit gewählt, und die Natur dieses Institutes bürgt dafür, daß hier wenigstens eine Cabinetsordre nichts anderes verfügen werde. Für die Juden des linken Rheinufers besteht ein Consistorium zu Bonn, natürlich ohne finanzielle Unterstützung durch den Staat. Cultus- und Unterrichtswesen sind dort, wie in Posen, unter Aufsicht der Regierung gestellt.

18) Ganz dasselbe gilt von den ehemals zum Großherzogthume Berg gehörigen Landestheilen [84]) und

19) in den früher zum Königreiche Westphalen, jetzt zu den Provinzen Westphalen, Sachsen und Brandenburg gehörigen Bezirken, wo die westphälische Gleichstellung (Decret vom 27. Jan. und 31. März 1808) in Bezug auf das öffentliche, das Privatrecht und den Cultus anerkannt ist, insbesondre durch das Rescript vom 7. März 1828 und die A. Cabinetsordre von 1830. Ministerialrescripte bestimmen, außer den Gesetzen, welche die Wählbarkeit zu Provinzialständen und das Patronatrecht den Juden absprechen, auch die Unfähigkeit derselben zu Staatsämtern. Ein Consistorium besteht ebenfalls nicht mehr. Nur das Stadtbürgerrecht wird gestattet. In den 4 Kreisen Paderborn, Büren, Warburg und Höxter aber (Regierungsbezirk Minden) sind sogar in anderer Beziehung durch die Cabinetsordre vom 20. Sept. 1836 Beschränkungen eingetreten, indem erstens Juden bäuerliche Grundstücke mit jüdischem Gesinde bewirthschaften müssen, bei Strafe der sonst vorzunehmenden Subhastation, zweitens alle Schuldurkunden von Christen an Juden gerichtlich registrirt werden müssen, bei Strafe der Klagabweisung. Es ist dieß auch auf alle früheren Schuldbekenntnisse anzuwenden, und der Richter hat beim Verdachte des Wuchers die Aufnahme zu versagen. Im Jahre 1839 wurde die Selbstbewirthschaftung jener Grundstücke mit christlichem Gesinde gestattet.

20) In der Stadt Wetzlar gilt die großherzogl. Frankfurter Gesetzgebung, mithin vollkommene Gleichstellung, freilich nicht in der Praxis, zumal was die Staatssphäre betrifft. Die ständischen Rechte sind ohnehin gesetzlich abgesprochen.

Das königlich bayersche Edict von 1813 hatte die Juden (jetzt 54,000) dem Staate nähern wollen, indem es Schutzbriefe, Schutzgelder und Concessionen, auch die alte abschließende Corporationsverfassung jüdischer Gemeinden aufhob, ihre Mitglieder dem Gemeindeverbande näherte, Annahme vom Familiennamen und teutsche Buchhaltung ihnen zur Vorschrift machte und Handel und jegliches auch zünftige Gewerbe — mit Ausnahme der Brauereien und mit einiger Beschränkung des Nothhandels — verstattete; im Jahre 1843 verbietet eine königliche Verordnung allen Juden jeden Handel mit Landesproducten, welcher denselben bisher im Auslande einen großen Absatz ver-

84) Die verschiedenen Ortschaften sind genannt bei v. Rönne u. Simon a. a. O. S. 376, 377.

schafft hat. Von politischen Rechten kann nicht die Rede sein. Es sollen nicht allein ausländische Juden nicht aufgenommen, sondern auch inländische vermindert werden. Daher die Erschwerung des Heurathens, indem zur Begründung eines eigenen Hausstandes eine Matrikel nöthig ist, die Zahl der letzteren aber nicht vergrößert werden darf. Daneben gibt es noch in einigen Gegenden Schutz-, Gänse- und Extragelder. — Cultus und Unterricht sollte zwar durch Verordnungen in den Jahren 1826 und 1827 geregelt werden, indeß ist eine wahrhafte Wirksamkeit nie ins Leben getreten. — Den traurigsten Anblick aber gewähren die privatrechtlichen Beschränkungen, unter welchen hier das durch 40 verschiedene, von mannigfachen Modificationen begleitete, in der Hauptsache aber übereinstimmende Gesetzgebungen, so z. B. durch die Würzburger Judenordnung von 1750 u. a. m., anbefohlene Registriren aller zwischen Christen und Juden abzuschließenden Verträge seiten des competenten Richters die drückendste ist. — In der Rheinpfalz (Rheinbayern) ist Gemeindebürgerrecht gestattet und das franz. Decret von 1808 aufgehoben, jedes Gemeinde- und politische Amt aber versagt.

Die freie Religionsübung der Juden im Königreiche Sachsen, welche namentlich durch ein Gesetz vom 20. December 1834 und 18. Mai 1837 ausgesprochen worden ist, die finanzielle Unterstützung des jüdischen Cultus und Unterrichtes (nahe an 400 Thaler) aus der Staatscasse, stellt den jüdischen Glauben in diesem Staate als einen anerkannten dar. Durch das Gesetz vom 16. Aug. 1838 einige Modificationen in den bürgerlichen Verhältnissen der Juden betr. ist der Aufenthalt derselben auf Dresden und Leipzig beschränkt. Das Ortsbürgerrecht wird und muß erlangt werden durch Betrieb irgend eines bürgerlichen Gewerbes, wobei aber Klein- und Ausschnitthandel, Gast- und Schanknahrung (Restaurationen für Juden ausgenommen) und Branntweinbrennereien ausgeschlossen bleiben; die Zahl zünftiger Handwerker darf das Verhältniß der jüdischen zur christlichen Bevölkerung nicht übersteigen. Der Nothhandel ist beschränkt, kann nur auf Concession betrieben werden und gewährt keinen Anspruch auf Bürgerrecht. Zum Groß-, Speditions- und Commissionshandel ist besondere Concession des Ministeriums des Inneren erforderlich. Der Erwerb eines städtischen, aber nicht ländlichen Grundstückes ist verstattet, es darf dasselbe jedoch nicht innerhalb 10 Jahren von der Kaufconfirmation an freiwillig veräußert werden. Ehrenbürgerrechte sind, mithin auch jede Wahlfähigkeit zu Communalämtern und Volksvertretung, versagt. Ueber Staatsämter und Advocatur ist ausdrücklich weder in den älteren noch in den neueren Gesetzen etwas gesetzlich festgestellt. Die Bestimmungen des Civil- und Criminalrechtes sind bei den Juden ohne Ausnahme anwendbar. Auch der jüdische Eid hat eine entsprechende Form statt der früheren, mehr einem Selbstfluch ähnlichen, erhalten. — Mißlich ist der Umstand, daß die früheren Judenverordnungen, deren Geist unmöglich mit dem der jetzigen Gesetzgebung übereinstimmt, namentlich das Mandat von 1746 und die Judenordnung von 1772 nicht ausdrücklich aufgehoben worden sind. Sie können, da sie sonach zum Theil als noch giltig betrachtet

werden müssen, Schwierigkeiten, namentlich hinsichtlich der Handelsreisen der inländischen Juden im Lande, bereiten. Namentlich hat man, bei Aufhebung der privatrechtlichen Beschränkungen, vorzüglich des Mandates vom 1. August 1811, das Mandat vom 21. April 1724 außer Acht gelassen, welches dem für den jüdischen Wechselgläubiger Wechselunmündigen härtere Strafen androht als dem Christen. — Die Aufnahme fremder Juden ist von der Concession des Ministeriums des Innern abhängig, welche aber dieselbe erst nach der Zustimmung des Stadtrathes und der Stadtverordneten des beabsichtigten Wohnortes ertheilt. Ihr Aufenthalt im Lande ist durch Verordnung von 1839, welche aber mit den Zollvereinsverträgen collidirt, erschwert.

Von den anhalt'schen Staaten haben Bernburg und Köthen den Juden freien Handel, jedes Gewerbe, das Bürgerrecht, nur nicht politische Aemter bewilligt. Der Cultus ist anerkannt; das Privatrecht kennt keine Beschränkungen für sie. Dagegen hat Dessau — dem blos des Zusammenhanges wegen hier ein Platz eingeräumt wird, während es seiner Gesetzgebung zufolge neben Hannover aufgeführt werden sollte — nur noch Schutzjuden mit den analogen Auflagen. Es werden dieselben in die Zünfte nicht aufgenommen, daher sie als Handwerker nur Freimeister werden. Der Handel steht ihnen offen, und der Cultus ist unter Aufsicht der Regierung gestellt, insofern der Rabbiner bestätigt werden muß. Uebersiedelungen derselben von einem Orte nach dem anderen sind verboten.

Alle sächsischen Länder älterer Linie (in Altenburg gibt es gar keine Juden) haben mehr oder minder den jüdischen Cultus und Unterricht zu heben gesucht. — Sachsen-Weimar hat für seine jüdischen Unterthanen (etwa 1500 an der Zahl) durch das Edict vom 20. Juni 1823 Handel und Gewerbe — mit Ausnahme der Bierbrauerei, Bäckerei, Metzgerei, Schank- und Gastwirthschaft — nebst Aufnahme in die Zünfte, in der Regel freie Uebersiedelung im Lande, Grundbesitz, aber auch gemischte Ehen, als alleinige Ausnahme in Teutschland, wo nicht die Civilehe gilt, unter der Bedingung verstattet, daß die daraus erzeugten Kinder in der christlichen Religion erzogen werden. Der Hausir- und Jahrmarktshandel ist beschränkt. Hinsichtlich der Auflagen und aller Privatrechtsgesetze stehen sie den Christen gleich. Gemeinde- und politische Aemter sind ihnen unzugänglich. Der Cultus ist frei und der Regierung unterstellt, erhält auch Unterstützung nach derselben Weise, wie der christliche. Einen Eingriff in dessen inneres Wesen machte jedoch die Gottesdienstordnung, welche teutschen Gottesdienst zur Pflicht machte und davon die Erlaubniß zum Handelsbetriebe abhängig machte. Eine Vorschrift, die bis 1837 suspendirt war, dann doch ins Leben trat. — Coburg-Gotha (mit 1100 Juden) dagegen kennt Beschränkungen in der gewerblichen Sphäre. Meiningen-Hildburghausen hat hinsichtlich seiner Juden (etwa 1500) in dem Gesetze von 1841 einen Unterschied gemacht zwischen Staatsbürgern — welche den Christen, mit Ausnahme der activen und passiven staatsbürgerlichen Rechte (Gemeinde- und politische Aemter) nach Art. 67. 68. 70. 71. der Constitution, der Beschränkung des

Güterhandels und der Nichtveräußerung der Grundstücke vor dem binnen 5 Jahren gehabten Besitze, gleichgestellt sind — und blos Tolerirten, zu welchen alle Nothhandel Treibenden gehören; privatrechtliche Beschränkungen sind außerdem nicht vorhanden. Den freien Cultus und Unterricht ordnet das nämliche Gesetz und fördert der Staat.

Schwarzburg-Sondershausen hat unter seinem erleuchteten Fürsten Günther Einiges für Verbesserung der Lage seiner jüdischen Unterthanen gethan. Die Gleichstellung wird noch erwartet.

Frankfurt a. M. hat alsbald nach Wiedererlangung seiner Freiheit die Emancipation, welche sein früherer Fürst Primas den Juden (jetzt über 6000) 1811 gewährt hatte, zurückgenommen[35]). Das Bürgerrecht ist ihnen versagt, doch stehen Handel und Gewerbe vollkommen frei, und ein Schutzverhältniß ist nicht, wohl aber eine Judenstraße vorhanden.

In Hamburg (8000 Juden) ward der vom Senate der Bürgerschaft vorgelegte und anempfohlene Entwurf zur Emancipation (welche unter der französischen Herrschaft schon Platz gegriffen hatte) von der letzteren abgelehnt. Ein Judenreglement von 1710, welches die Praxis zum Theil verändert hat, bildet die Gesetzesnorm. Das Grossogeschäft ist den Juden gestattet und bildet in der Hand der Juden zum großen Theile den Glanz der Stadt, aber weder Detailhandel — Hausiren und Feilhalten auf Straßen ausgenommen — noch Handwerke, noch weniger die Advocatur und das öffentliche Lehramt, wohl aber die medicinische Praxis. Vom Bürgerrechte ist keine Spur. Kein Jude darf ein eigenes Schiff unter der Stadtflagge führen. Mit eigenen Abgaben sind die Juden nicht belastet. Erwerb von Grundbesitz ist in der Regel nur in der Judenstadt gestattet und bedarf noch besonderer Concession. — Im allgemeinen gibt es jedoch keine privatrechtlichen Beschränkungen, und steht Cultus und Gemeindeverfassung auch nicht unter Aufsicht des Staates, so kommen den Anstalten des ersteren doch die für christliche Kirchen geltenden Befreiungen zu.

Im Königreiche Hannover hatte ein noch von der letzten Regierung im Jahre 1836 den Ständen vorgelegter Entwurf die Absicht, eine Verbesserung der überaus schlimmen Lage der Juden herbeizuführen — von welchen nur die ostfriesischen durch noch giltige Theile des preußischen Edictes von 1812 und eine Gewerbeverfassung, so wie die Barmens und Verdens durch Gestattung des freilich beschränkten Grundbesitzes eine Ausnahme machen —, namentlich auch das Schutzverhältniß aufzuheben. Es ist nun zwar den Juden die Erlernung von Handwerken gestattet und die Wahl mancher Gewerbe, so wie das Bürgerrecht, von dem der Nothhandel ganz ausschließt, ausnahms-, die Advocatur dispensationsweise schon seit längerer Zeit, auch beschränkter Grundbesitz gestattet; die Unterthanen jüdischen Glaubens aber sind und bleiben Schutzjuden. — Pri-

---

35) Eine deßhalb an den Bundestag gerichtete Beschwerde blieb ohne Wirkung. Bender, der frühere und jetzige Zustand der Israeliten zu Frankf. a. M., nebst Verbesserungsvorschlägen. Frankf. 1833. Zu vgl. sind noch die rechtlichen Gutachten der Juristenfacultäten zu Gießen und Marburg über die Ansprüche der Israeliten zu Frankfurt auf das Bürgerrecht.

vatrechtliche Beschränkungen sind im allgemeinen nicht anzuwenden. Cultus und der Unterricht ist der Regierung unterstellt.

Einen traurigen Anblick bietet zum Schlusse die österreichische Gesetzgebung in Betreff der Juden (420,000), welche den Geist des Joseph'schen Toleranzedictes jedenfalls nicht fortgebildet hat. Cultus und Unterricht stehen zwar seitdem unter Aufsicht der Regierung, auch soll jeder Rabbiner nach einer Verordnung von 1837 eine Prüfung über seine, namentlich philosophische und pädagogische Bildung ablegen. Alles dieß wird jedoch sehr selten ausgeführt. — Allgemein ist das Betreiben der Manufactur und des Handels, die, freilich beschränkte Advocatur, die ärztliche Praxis, die Ausübung von Handwerken, zugleich die Aufnahme in die Zünfte in Böhmen, nicht aber in Mähren, wo sogar noch Schutzgeld entrichtet werden muß, gestattet. Der Grundbesitz ist mit vielen Beschränkungen verknüpft, daher auch der Landbau, welcher von böhmischen und mährischen Juden betrieben wird, selten gedeihliche Früchte erzeugt. In manchen Städten sind sie sogar auf Judenviertel beschränkt, wie zu Teplitz und Prag. In einigen Provinzen, wie in Niederösterreich, ist ihre Aufnahme gar nicht gestattet, und selbst zu Wien leben sie nur auf stets zu erneuernde Schutzzettel. Drückend aber ist, wie in Bayern, die Matrikelverfassung, indem in Wien das Schutzrecht nur auf die Ehefrau und die unversorgten Kinder, in Böhmen die Familiennummer nur auf den erstgebornen Sohn übergeht, in Mähren auch dieser einer neuen bedarf, in Galizien die Verpflichtungstaxen der Verheurathung nachgeborener Söhne (außer dem ältesten) im Wege stehen. Es mögen hier nur erwähnt werden: die böhmische, von allen Juden solidarisch zu entrichtende Judensteuer von 261,000 fl. C.-M., welche in Vermögens-, Familien- und Verzehrungssteuer zerfällt, von denen die erstere allein oft die Höhe von 12%, die zweite von 9% erreicht; ein Verhältniß, das in Mähren und Galizien oft noch drückender wird; die Koscherfleischsteuer und in Galizien der, dem religiösen Gebrauche, Freitag Abends zwei Lichter als Symbol der Geisteserhebung anzuzünden, auferlegte Lichtzündaufschlag, der von dem Aermsten, auch wenn er diese Lichter nicht anzündet, erhoben wird. Dazu kommt der traurige Umstand, daß diese Steuern verpachtet werden, und somit noch einem mittelbaren Drucke, der Chicane, dem Eigennutze, aber auch, da die Fassion (Angabe) des Vermögens, und zwar in crassen Formen, eidlich und durch Androhung des Bannes erhärtet werden muß, der Gewissensverletzung nothwendig Thür und Thor geöffnet wird. In Böhmen ist seit längerer Zeit eine Aufhebung der Steuerpachtgesellschaft beantragt worden, — doch mag der jüngst erfolgte Abgang des Oberstburggrafen Chotek neue Besorgnisse für Abhilfe erwecken, welche man von jenem edlen Manne noch erwarten konnte (die der Erzherz. Stephan indeß jetzt zu verscheuchen gesonnen ist). — In Ungarn und Italien sind diese Beschwerden nicht so groß, namentlich ist die Gewerbefreiheit eine ziemlich ausgedehnte und in erstgenanntem Lande, wo schon mancher Fortschritt in der bürgerlichen Stellung der Juden sich seit kurzem dort durch die Ständetafel kund gethan hat, darf man eine vollkommene bürgerliche Gleichstellung erwarten.

Mecklenburg-Schwerin und Strelitz hatten den Juden, das erstere durch Verordnung vom 22. Februar 1812, welches nach Inhalt und Form dem preußischen Edicte von 1812 ganz ähnlich ist, das zweite unmittelbar nach dem Kriegsende, das Bürgerrecht verliehen — alsbald aber, auf Anliegen der Feudalstände, wieder entzogen. In letztgedachtem Lande namentlich bezahlen dieselben seit 1817 wieder Schutzgeld und dürfen nur vom Hausirhandel und Schacher leben, indem Handwerke, kaufmännische Geschäfte und Grundbesitz ihnen untersagt sind. Der Militärpflicht sind sie, sonst jedoch keiner Staatslast, ledig. Einige Städte, wie Neustrelitz, besitzen sogar das alte privilegium de non tolerando Judaeos [36]).

Isidor Kaim.

Injurien. Bei keinem Vergehen wird eine so große Verschiedenheit der Ansichten der Völker und daher der verschiedenen Gesetzgebungen bemerkbar, als dieß bei den Injurien der Fall ist. Politische und sittliche Ansichten bei einem Volke bestimmen hier auch die Vorstellungen der Gesetze über Injurien. Je mehr eine scharfe Absonderung der Stände eintritt, desto mehr erhält das, was man Ehre nennt, auch eine mit dem Stande des Geschmähten zusammenhängende Bedeutung. Je mehr bei einem Volke noch die physische Kraft über Alles geschätzt ist, je mehr auf einer tieferen Stufe der Cultur das Volk wilder und trotziger ist, desto mehr wird die persönliche Beleidigung zur Selbsthilfe reizen und die Gesetzgebung wird wenig veranlaßt sein, die Injurien zum Gegenstande ihrer Sorgfalt zu machen. Nach verschiedenen Stufen der Cultur sind es auch verschiedene Eigenschaften, auf welche ein Volk vorzüglich Werth legt, und eine Aeußerung, welche den Glauben an den Besitz solcher besonders hochgeachteter Eigenschaften bezweifelt, erscheint dann als die schwerste Kränkung, z. B. wenn bei einem tapferen, kriegerischen Volke Jemand die Tapferkeit oder den Muth eines Anderen angreift. Mag man in dem Verbrechen den Angriff auf ein gewisses von dem Staate geschütztes Gut oder ein solches Verhältniß, oder auf ein gewisses Recht finden, so bedarf es immer erst der Verständigung darüber, wie weit und in welchem Umfange der Staat das Gut oder Recht, von dessen Verletzung bei einem Verbrechen die Rede ist, schützen will. Die genaue Festsetzung der Grenzen dieses Schutzes ist um so wichtiger, als das Recht auf Ehre nicht ein durch scharfe von selbst sich verstehende allgemein bekannte Grenzen charakterisirt ist, wie z. B. das Recht auf Leben, auf Eigenthum, und daher die höchste Verschiedenheit der Ansichten darüber herrschen wird, welchen Umfang das Recht auf Ehre hat und worin der Angriff auf dasselbe besteht. Darauf, was der Mensch in dem Gefühle seiner sittlichen Würde und seiner menschlichen Persönlichkeit als seine Ehre ansieht, kann es eben so wenig ankommen, als darauf, was der

---

36) Wenn die dortigen Juden, worüber von Rönne und Simon, a. a. O. S. 23, ihr Befremden aussprechen, nicht, wie es von denen der freien Städte geschehen, Beschwerde beim Bundestage erhoben, so ist dieß wohl aus dem Grunde unterblieben, weil man im Jahre 1817 die Fruchtlosigkeit solcher schon aus der Erfahrung kennen gelernt hatte.

Einzelne in seiner Eitelkeit und seinem Hochmuthe als seine Ehre betrachtet und wo er sich als gekränkt ansieht; denn in der ersten Beziehung ist dieß Gut sittlicher Würde so erhaben, aber auch von dem Urtheile der Menschen so unabhängig, daß es auf den Schutz der Gesetze nicht ankommen kann. Das Bewußtsein der menschlichen Würde ist so innerlich, daß es in das äußere Gebiet der Strafe nicht gezogen werden kann, weil man den Strafrichter nicht zum Sittenrichter machen, durch kein Strafurtheil das Bewußtsein sittlicher Würde verleihen kann. Von dem Gefühle des einzelnen Beleidigten kann aber der Staat nicht abhängen lassen, was Injurie sein soll, weil die Empfindlichkeit der Menschen leicht sehr gesteigert sein, und Mancher einen Werth auf äußere Güter und Eigenschaften setzt, deren Besitz ihm seine Eitelkeit vorspiegelt, wo der Staat aber um so weniger Grund hat, die Reizbarkeit oder Eitelkeit der Menschen zu schützen, als kein Maßstab vorliegt, welcher den Richter in den Stand setzt, darüber zu urtheilen, ob wirklich ein ungerechter Angriff durch gewisse Aeußerungen gemacht ist, durch welche ein Kläger sich beleidigt findet; es kann daher durch Aeußerungen, welche einem Anderen die Schönheit oder geselliges Talent oder äußere Bildung oder Kunstgeschicklichkeit absprechen, keine Injurie begangen werden, weil die Wirksamkeit des Menschen im Staate und sein wahrer Werth von dem Besitze solcher Eigenschaften unabhängig ist, und dem Rechte darüber kein Urtheil zustehen kann, ob der angeblich Beleidigte wirklich jene Eigenschaften besitze, die Aufstellung einer Vermuthung aber, daß Jedermann sie besitze, lächerlich sein würde[1]). Auch da, wo der Staat die Ehre durch seine Gesetze schützt, kommt es erst darauf an, ob er den Genuß der öffentlichen Meinung so schützen will, daß Niemand sich erlauben darf, den Besitz gewisser Eigenschaften, für welche das Gesetz gleichsam eine Vermuthung aufstellt, durch Aeußerungen oder Handlungen anzugreifen, so daß auch kein Beweis der Wahrheit der vorgeworfenen Thatsachen denjenigen, der die Ehre des Anderen angegriffen hat, von Strafe befreien kann, oder ob der Staat dieß Recht jedes Einzelnen, für würdig geachtet zu werden, mit dem Rechte aller Bürger, Wahrheit auszusprechen und ein freies Urtheil zu fällen, verbindet, und nur da eine Injurie annimmt, wo der Angeschuldigte die Wahrheit seiner Aeußerung nicht beweisen kann[2]).

Bei der eben geschilderten Verschiedenheit der Ansichten der Völker über Injurien liegt doch ein Grundgedanke den Vorstellungen und Bestimmungen aller Gesetzgebungen über Ehre zum Grunde, nämlich der, daß der Staat bei allen Bürgern den Genuß der äußeren Anerkennung einer bürgerlichen Würdigkeit sichert, den dadurch den Bürgern zuerkannten Werth Ehre nennt und den Genuß dieser Ehre vor gewissen Angriffen schützt. In diesem Sinne bezeichneten die Römer diese bürgerliche Ehre mit existimatio; es ist aber begreiflich, daß dieser Ausdruck selbst in

---

1) Mein Aufsatz im Archive des Criminalrechtes XIV. S. 75.

2) Dieß hängt zusammen mit der unten zu erörternden Frage über den Einfluß des Beweises der Wahrheit.

zwei verschiedenen Grundrichtungen gebraucht wurde, insofern nämlich existimatio mit der vollkommenen Rechtsfähigkeit und dem, was wir Persönlichkeit nennen, zusammenfällt und der von dem Staate als würdig geachtete Bürger auch des vollkommenen Genusses aller Rechte für würdig geachtet wird[3]), während in einer anderen Richtung das Wort existimatio auf das bezogen wird, was wir mit Ehre und mit dem Rechte auf äußere Anerkennung durch Andere bezeichnen[4]). Darnach mußte auch eine zweifache Auffassung des Ausdruckes iniuria vorkommen, je nachdem er die Verletzung der Rechtsfähigkeit, der existimatio im ersten Sinne, bezeichnet, oder das bezeichnen sollte, was wir jetzt Ehrenkränkung nennen[5]).

In dem ersten Sinne genommen mußte als iniuria jede Handlung erscheinen, welche das Recht auf freie Bewegung in dem Kreise des bürgerlichen Wirkens stört oder in der Ausübung eines zustehenden Rechtes hindert oder die Befugniß der freien Disposition über den Körper verletzt. Es erklärt sich daher, daß auch da, wo Jemand gehindert wurde, ein Testament zu machen oder eine res communis zu genießen, iniuria angenommen wurde[6]). Daraus erklärt es sich, warum die Römer oft eine actio iniuriarum zuließen, wo die Anstellung einer anderen Klage zweifelhaft war, insofern der Kläger sich darauf berufen konnte, daß durch die Handlung seine Rechtsfähigkeit verletzt sei[7]). Jede Anmaßung, ein übermüthiges Benehmen eines Anderen, z. B. wenn Jemand einen Anderen betrunken machte[8]), war eben so iniuria, als selbst eine Störung im Genusse von Sachen unter iniuria gestellt werden konnte[9]), z. B. wenn Jemand mit Störung des Nachbars einen großen Gestank verursachte. Es ist wahrscheinlich, daß die Römer bei dieser Richtung der iniuria mehr die materielle Seite des Angriffes auffaßten und in der existimatio ein Gut erkannten, welches durch iniuria gestört wird, wo daher die zu Geld anzuschlagende Störung durch die actio iniuriarum wieder ausgeglichen werden muß. Im Dunkeln liegt es, in welchem Sinne Cicero, wenn er sagt, daß durch actio iniuriarum nicht das ius possessionis verfolgt wird, sondern der dolor imminutae libertatis durch die Strafe gemildert werden soll, den Ausdruck iniuria braucht. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß den Römern, wo sie von existimatio, als von illaesae dignitatis status sprachen, die Vorstellung eines intellectuellen

---

3) L. 5. D. de extraord. cognit.

4) L. 41. §. 6. D. de iniur.

5) Ueber die römischen Ansichten Walter, im Archive des Criminalrechtes Bd. IV, Nr. V u. XII. Burchardi, Rechtssystem der Römer S. 384. Marezoll, das gemeine teutsche Criminalrecht S. 347. Heffter, Lehrbuch §. 296.

6) L. 23. D. de action. emt. vend. L. 13. §. 7. D. de iniur.

7) L. 15. §. 26. D. de iniur.

8) Eine gute Aufzählung der Fälle des röm. Rechtes in dem ausgedehnten Sinne, in Neustetel, über den Büchernachdruck S. 29—46.

9) L. 25. D. de act. emti. L. 23. D. de iniur. S. noch Heffter a. a. O. §. 299.

Gutes vorschwebte, welches für Jeden in der Anerkennung des Werthes als Menschen und Bürgers durch andere Personen liegt; in diesem Sinne konnte man sagen, daß die existimatio verletzt wird[10]). Es ist eben so wahrscheinlich, daß auch, wie bei uns, wenn wir von Ehre sprechen, der Ausdruck existimatio eine verschiedene Bedeutung hatte, jenachdem man in einer oder der anderen Richtung von Ehre sprach. Da wo von den Folgen einer Verurtheilung wegen gewisser Verbrechen die Rede ist, kann gut von einer minuta oder consumta existimatio gesprochen werden, was aber völlig unpassend ist, wenn die Ehre im Zusammenhange mit iniuria aufgefaßt wird, weil man nicht behaupten kann, daß der Injuriant dem Beleidigten die Ehre raubt oder verletzt[11]). — Nur darauf, daß Jeder, wenn durch Injurien das intellectuelle Gut der reinen existimatio, daher die Anerkennung des Werthes eines Menschen durch Andere angegriffen wird, ein schmerzliches Gefühl empfindet und so an seiner Ehre sich gekränkt fühlt, kann der Ausdruck laesio existimationis bezogen werden. In dem Zusammenhange der existimatio mit dem dignitatis et famae illaesae status, also mit dem sogen. Rechte auf Ehre, hatte gewiß bei den Römern die iniuria (Ehrenkränkung im heutigen Sinne) einen engeren Kreis, als unsere neuen Gesetze bei den Injurien denselben annehmen. Nur da, wo Jemand einen Anderen auf eine nach den römischen Sitten als Aeußerung der Verachtung geltende Weise behandelte, oder wo er die Meinung der Mitbürger über den Anderen so zu bestimmen suchte, daß der Andere als unwürdig erschien, war eine iniuria als contumelia oder Ehrenkränkung vorhanden. Man kann daher eine doppelte Richtung der iniuria annehmen, entweder a) in so fern Jemand den Anderen herabwürdigt und beschimpft[12]), insbesondere wenn Jemand ein convicium gegen den Anderen begeht; nach den einzelnen Stellen des römischen Rechtes, die theils von einem convicium publice factum, oder von dem convicium contra bonos mores sprechen[13]), kann man annehmen, daß nicht jede auf irgend eine Weise gemachte beschimpfende Aeußerung, sondern nur eine solche dahin gehörte, welche durch die Oeffentlichkeit ihrer Verübung eine Richtung darauf hatte, daß der Geschmähte auch in den Augen Anderer als verächtlich gelten sollte[14]). b) Die zweite Richtung der Injurien wurde dadurch bezeichnet, daß Jemand infamandi causa[15]) etwas that, daher wenn Jemand entweder dem Anderen eine Handlung

---

10) Daher spricht auch das röm. Recht von laedere opinionem.

11) Richtige Bemerkungen von Birnbaum, im Archive des Criminalr., neue Folge 1834, S. 184.

12) Darauf beziehen sich L. 15. §. 13—22. D. de iniur.

13) S. Stellen in Dirksen, manuale latinitatis fontium iur. civil. roman. p. 221.

14) L. 15. §. 11. D. de iniur.: .. non omne maledictum convicium esse, sed id solum quod cum vociferatione dictum est. Die noch jetzt in Italien gebräuchlichen charivari dürften hierher gehören. Heffter a. a. O. §. 300, in der Note.

15) L. 15. §. 23—33. D. de iniur. Walter, im Archive des Criminalrechtes IV. S. 279—282.

vorwarf, welche ihn als einen unwürdigen Menschen darstellte, oder wenn r Veranstaltung machte, wodurch der Andere als unwürdiger Mensch Anderen erscheinen mußte. — Einzelne besonders als schwere erscheinende Injurien wurden bei den Römern schon früh hervorgehoben[16]). Die Grundidee des römischen Rechtes war aber, die Injurie als ein delictum privatum zu betrachten, in der Richtung, daß man nicht ein öffentliches Interesse an der Bestrafung der Injurien annahm, sondern es rein dem Geschmähten überließ, ob er wegen der erlittenen Kränkung Klage bei Gericht erheben wollte. Die hierauf eintretende Strafe war dann nur die einer Privatgenugthuung, bei welcher vermöge der actio iniuriarum aestimatoria[17]) der Beleidigte den erlittenen Schmerz zu Gelde anschlug und theils durch den Geldnachtheil, den der Injuriant zum Vortheile des Geschmähten leiden mußte, theils dadurch, daß der Injuriant doch öffentlich als unrecht Handelnder erklärt wurde, eine Milderung seiner Kränkung und eine Genugthuung hatte[18]). Einzelne Injurien wurden aus der Classe der gewöhnlichen hervorgehoben; insbesondre geschah dieß durch die Lex Cornelia de iniuriis, über deren Ursprung und Verhältniß zur Lex Cornelia de sicariis ein Dunkel schwebt[19]).

Es ist wahrscheinlich, daß durch jene Lex vorzüglich für drei Fälle, welche an die vis grenzten (nämlich frevelhaften Hausfriedensbruch, Schlagen und Mißhandeln eines Anderen), eine accusatio gegeben wurde[20]), durch welche aber die actio aestimatoria nicht aufgehoben ward, so daß der Beleidigte zwischen der Civil- oder Criminalklage wählen konnte. In der Folge scheint auf ähnliche Weise wie bei dem furtum, welches gleichfalls ein Privatdelict war, allmälig die Zulässigkeit einer Criminalklage extra ordinem wegen Injurien eingeführt[21]), jedoch so, daß die Civilklage noch immer auch zu Justinian's Zeiten die Regel blieb, der Beleidigte aber nie beider Wege zusammen (der Civilklage und Criminalanklage) sich bedienen konnte, sondern zwischen beiden wählen mußte[22]). Die Idee eines Unterschiedes zwischen der mündlichen und der schriftlichen Injurie, in der Art, daß die letzte, wenn sie auf gewisse, die tiefgewurzelte Bosheit des Injurianten beurkundende Weise verübt war, strenge bestraft wurde, weil die Verbreitung einer solchen Schmähung und ihre fortdauernde Wirkung die Strafbarkeit erhöhte, schwebte den Römern in den Gesetzen vor, welche über das carmen famosum ergingen[23]).

In dem alten teutschen Rechte läßt sich eine der römischen ähnliche

---

16) Von den zwölf Tafeln Dirksen, Versuch zur Kritik der Zwölftafelfragmente S. 507.
17) Ueber ihr Entstehen A. Gellius, Noct. Attic. XX. 1.
18) Marezoll, Lehrbuch S. 351.
19) Birnbaum, im Archive des Criminalr. IX. S. 900, XIV. S. 500, 540. Ziegler, observ. iur. criminal. p. 5. Platner, quaest. de iure crim. Roman. p. 459.
20) Platner l. c. p. 460.
21) L. 5. D. de iniuriis. Archiv des Criminalr. IX. S. 401.
22) §. 10. Inst. de iniur.
23) L. unica Cod. de famos. libellis.

Ansicht insofern nachweisen, als ein gegen einen Anderen verübtes Unrecht schon überhaupt als eine Ehrenverletzung gegen ihn galt, und z. B. bei Schlägen und Mißhandlungen auf eine weitere Absicht, den Anderen durch die Handlung zu kränken, es nicht ankommt; allein die Injurien kommen auch in einer speciellen Richtung auf die Ehre des Anderen aufgefaßt vor, und zwar entweder indem Jemand gegen einen Anderen Handlungen vornimmt, die als Ausdruck der Verachtung und als Beschimpfung des Anderen nach Volksansichten galten[24]) (wohin gewiß auch die Entblößung eines Frauenzimmers wider ihren Willen gehörte), oder indem er wörtliche Injurien gegen einen Anderen (Schelte) ausstieß[25]). In den in den alten Rechtsquellen gebrauchten Beispielen bemerkt man, daß man theils dahin die Schimpfworte, theils die Vorwürfe von schändlichen Handlungen rechnete. Es ist begreiflich, daß vorzüglich der Vorwurf solcher Handlungen, die mit der Ehre eines freien Mannes sich nicht vertrugen, als Injurien erschienen; aus den nordischen Rechtsquellen[26]) bemerkt man, daß der Kreis der Injurien sehr ausgedehnt war, aber in Bezug auf die Bestrafung sehr feine Unterscheidungen vorkommen. Durch die scharfe Sonderung der Stände mußte sich in den germanischen Staaten die Ansicht einer mehr von dem Urtheile der Standesgenossen abhängigen Ehre ausbilden; bei den Ständen, welche vorzüglich auf kriegerische Ehre hielten, bewirkte jede Beschimpfung, die auf einem Geschmäheten lastete, in den Augen seiner Genossen einen Makel, wenn ein anderer freier Mann die Beschimpfung aussprach. Es erklärt sich daraus, warum bei den Injurien nach den Rechtsquellen des Mittelalters so viel auf den Stand des Injurianten und des Geschmäheten ankam und bei den Ständen, die auf Waffenehre hielten, z. B. Adel und Ritterstand, das Duell des Beschimpften mit dem am Stande ihm gleichen Injurianten[27]) die regelmäßige Folge einer Injurie war. Aus den Quellen ergibt sich, daß man vorzüglich nach den Stadtrechten die Injurien oft schon strenge auffaßte und insbesondre gewisse mit öffentlichem Aufsehen verbundene Injurien im Zusammenhange mit dem Schutze des durch Injurien leicht gestörten Friedens streng bestrafte[28]); vorzüglich waren öffentliche Strafen dem Schlagen, Messerzucken gegen einen Anderen gedroht[29]), selbst bei blos wörtlichen Injurien kamen schon öffentliche Strafen in manchen Stadtrechten gedroht vor[30]). Eine Gleichförmigkeit der Ansichten in den Rechtsquellen findet man aber nicht; früh jedoch bemerkt man, theils durch die Einwirkung der Kirche, welche die Versöhnung des Beleidigten und des Beleidigers zu bewirken wünschte, und auf Vernichtung der Beleidigung durch den Injurianten selbst drang, theils durch die teutsche Ansicht ent-

24) Wilda, Strafrecht der Germanen S. 775, 784.
25) Wilda a. a. O. S. 785.
26) Z. B. den isländischen Gragas. S. gute Darstellung in Wilda a. a. O. S. 786.
27) Gut Dreyer, Abhandl. aus dem teutschen Rechte Bd. I, Nr. 1.
28) Ruprecht, Rechtbuch von Freisingen Cap. 108.
29) Warnkönig, flandrische Rechtsgeschichte Bd. III, S. 237.
30) Warnkönig a. a. O. S. 239.

standen, nach welcher der Geschmähete einen Makel auf sich lasten hatte, deren Tilgung nothwendig war, daß der Gerichtsgebrauch als Folgen der Injurien die Abbitte, die Ehrenerklärung und den Widerruf eintreten ließ[31]). In der italienischen Praxis führte man bald die römischen Stellen über Injurien an; allein da schon das römische Recht auch extra ordinem wegen Injurien öffentliche Strafen eintreten ließ, so war es leicht, daß auch in den Gerichten der italienischen Städte eine öffentliche Bestrafung der Injurien angenommen wurde[32]). — Bei dieser Verschiedenheit der Ansichten, da insbesondre in manchen Gerichten die römische Ansicht von den Injurien und die actio iniuriarum Eingang fand, in anderen die Injurien überhaupt als Frevel mit leichten Strafen[33]) belegt wurden, während nach anderen Landes- und Stadtrechten manche Injurien, z. B. gewisse Realinjurien, strenge bestraft wurden, wollte Schwarzenberg keine Streitigkeiten über den Localgerichtsgebrauch in Bezug auf Strafe der Injurien herbeiführen und schwieg daher in der Carolina mit Ausnahme der Schmähschrift in Art. 110. CCC. gänzlich von den Injurien, da der Verfasser des Gesetzbuches auf das bereits verbreitete römische Recht und die durch den localen Gerichtsgebrauch überall herbeigeführten Modificationen rechnete. In den Landesrechten des 16. Jahrhunderts ist keine Gleichförmigkeit; nur zeigt sich, daß immer mehr der Gerichtsgebrauch mit der bloßen römischen actio aestimatoria sich nicht begnügte und öffentliche Strafen schon häufiger wurden, daß am meisten aber von der Abbitte, Ehrenerklärung Gebrauch gemacht wurden. Das Reichsgutachten von 1668[34]) und der Reichsschluß von 1670 ist zwar nie als Reichsgesetz publicirt worden; allein für die Erkenntniß des Gerichtsgebrauches jener Zeit ist er doch wichtig; er lehrt, daß man die Injurien als häufige Veranlassungen zu Duellen schon mit größerer Strenge betrachtete und glaubte, daß den Duellen am besten vorgebeugt würde, wenn die Gesetzgebung harte Strafen der Injurien drohte. Auf diese Art kommen in dem erwähnten Reichsschlusse neben der Abbitte und Ehrenerklärung auch Geld- und Gefängnißstrafen, selbst Landesverweisung gedroht vor; sogar eine amtliche Thätigkeit ist dem Richter zum Theile zur Pflicht gemacht, und selbst da, wo der Beleidigte und der Injuriant sich mit einander gütlich vereinigen, soll die der Obrigkeit gebührende Strafe dadurch nicht gehindert sein. — In den Ländern des gemeinen Rechtes, wo keine abweichende Landesgesetzgebung vorkam, blieb die römische Ansicht stehen, die actio iniuriarum wurde angewendet, bürgerliche Prozesse wurden darüber zugelassen; nur kam dazu gewöhnlich noch Klage auf Abbitte und Widerruf neben der römischen Privatgenugthuungs-

31) Dreyer, Abhandl. Bd. I, S. 62, vgl. mit germ. Alterthümern S. 711.

32) Stellen der italienischen Juristen des Mittelalters s. in der Note V meiner Ausgabe von Feuerbach's Lehrbuch §. 271.

33) Einige Fälle wörtlicher Injurien wurden jedoch schon streng bestraft. S. Zöpfl, das alte Bamberger Stadtrecht S. 123.

34) Emminghaus, corpus iuris germanici, 2. Aufl. (Jena 1844), S. 507 flg.

klage; auf öffentliche Strafe konnte der Beleidigte antragen, aber dann nicht die actio iniuriarum geltend machen, und nur in einigen Ländern traten von Amtswegen öffentliche Strafen unabhängig von der Privatgenugthuungsklage des Beleidigten ein.

Gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts, als die Codification immer mehr Anhänger fand, fühlte man auch die Nothwendigkeit, feste Bestimmungen über Injurien zu erlassen; die Ansicht, daß die Ehre nicht zu Geld angeschlagen werden kann, und eine Privatgenugthuung unpassend ist, daß vielmehr die Injurie als ein öffentlich zu bestrafendes Vergehen erscheine, fand immer mehr Beifall, obwohl die Practiker und die an die römischen Ansichten gewöhnten Juristen für diese Genugthuungsklage sich erklärten. Der treue Ausdruck der am Ende des vorigen Jahrhunderts verbreiteten Ansichten über Injurien liegt in dem preußischen Landrechte[35]. Der Begriff, welchen das Gesetz aufstellte, war jedoch in keiner Weise geeignet[36], die Richter sicher zu leiten; denn das Gesetz stellte Alles darauf, ob Jemand einen Anderen zu beschimpfen sucht, führte zu den schwierigen Fragen über animus iniuriandi, stellte eine Masse von Regeln auf, die doch nicht erschöpften; das Gesetz ging von einer übertriebenen Ausdehnung des Begriffes der Injurie aus, indem man auch bei geringschätzigen Handlungen oder Worten Injurien annahm; der Beweis der Wahrheit des Vorwurfes befreite nie von der Strafe, sondern konnte nur eine Milderung bewirken; die Strafen waren nur von den verschiedenen Ständen abhängig gemacht; die Injurie gegen denjenigen, der einem höheren Stande angehörte, wurde an dem Angehörigen eines geringeren Standes weit strenger bestraft und eine Masse der sonderbarsten Abstufungen war durchgeführt, wodurch in der Rechtsanwendung häufig große Ungerechtigkeiten entstanden[37]. Die Abhilfe, welche die Circularverordnung vom 30. December 1798[38] brachte, war sehr ungenügend. In der Folge wurden (1811) die Abbitte und Ehrenerklärung aufgehoben; — die Vorschriften des Landrechtes blieben stehen, nur trat nach der Cabinetsordre vom 28. August 1833 wieder mehr der Gesichtspunkt der Privatgenugthuung bei der Injurie hervor, indem nach dem neuen Gesetze die Wirkung des gerichtlichen Verfahrens aufgehoben wurde, wenn noch bis zur Vollstreckung des gerichtlichen Urtheiles der Beleidigte seine Klage oder Denuntiation zurücknimmt oder Versöhnung eintritt. In dem österreichischen Gesetzbuche war zwar der nothwendige Unterschied zwischen Verleumdung und einfacher Injurie zum Grunde gelegt; allein die Durchführung des Unterschiedes war völlig unzweckmäßig; denn die Injurie wurde in den Kreis der schweren Po-

35) Landrecht Th. II, Tit. 20, §. 538.

36) Von den Fehlern des preuß. Gesetzes meinen Aufsatz in dem Archive Bd. XIII. S. 508.

37) Auch die Denkschrift über die zur ständischen Berathung gestellten Fragen des Strafrechtes, Frage 20 (S. 20), gesteht, daß die Unterscheidungen des Landrechtes unpassend waren.

38) Mannkopf, Strafrecht S. 289.

lizeiübertretung gewiesen, und dadurch ausgesprochen, daß sie nur eine leichte Strafe nach sich ziehe; die Bestrafung wegen Injurien wurde nur von einer (bekanntlich schnelleren sehr summarischen) polizeilichen Untersuchung abhängig gemacht, bei welcher die oft delicaten Verhältnisse, die bei Injurien entscheiden können, nicht genug gewürdigt wurden; es wurde dadurch ausgesprochen, daß die Injurie immer weit leichter erscheine als die Verleumdung, während unter Umständen die sogen. einfache Injurie weit mehr als ein Product der verworfensten Gesinnung erscheinen und empfindlicher wirken kann, als die Verleumdung[39]). Der Begriff der Injurie ist in dem Gesetzbuche zu enge und auf der anderen Seite zu weit gefaßt, wogegen die Verleumdung irriger Weise auf die Andichtung von Verbrechen (also der, welcher die schändlichsten unmoralischen Handlungen vorwirft, ist kein Verleumder) eingeschränkt war[40]). Ein bedeutender Fortschritt in der Gesetzgebungskunst war durch das bayer'sche Strafgesetzbuch von 1813 geschehen; allein in der Lehre von den Injurien ist kein Fortschritt zu rühmen. Das Gesetzbuch unterscheidet zwar die Verleumdung von der einfachen Ehrenkränkung, über die zweite kommt in dem Strafgesetzbuche gar nichts vor, sondern sie wird nach dem noch geltenden Civilgesetzbuche von 1753 als ein Privatdelict beurtheilt, bei welchem die römische actio iniur. aestimatoria angewendet wird; die Verleumdung ist nach dem bayer'schen Gesetzbuche nur davon abhängig gemacht, daß Jemand eine in dem bayer'schen Strafgesetzbuche als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedrohete Handlung einem Anderen fälschlich andichtet; da nun nach diesem Gesetzbuche viele Handlungen, die an sich höchst schändlich und in anderen Gesetzbüchern mit schwerer Strafe bedroht sind, es nach dem bayer'schen nicht sind, so ist derjenige, welcher solche Handlungen einem Anderen fälschlich vorwirft, kein Verleumder, sondern begeht nur eine nach dem Civilgesetzbuche zu beurtheilende Handlung, z. B. wenn er von einer Person fälschlich sagt, daß sie unnatürliche Unzucht treibe oder ein Kuppler sei; denn beide Handlungen sind nach dem bayer'schen Strafgesetzbuche kein Verbrechen mehr. Auch die Strafdrohung desselben gegen die Verleumdung ist höchst unzweckmäßig, da sie nur davon abhängt, ob die angedichtete strafbare Handlung nach dem Gesetzbuche ein Verbrechen oder Vergehen ist. Da jedoch die Unterscheidung beider nur von Zufälligkeiten abhängt, z. B. wie viele Tage der Verwundete krank war, oder ob 25 Gulden oder weniger gestohlen wurden, so ist auch die Strafe der Verleumdung nur durch solche Zufälligkeiten bestimmt. Ohnehin kann die Strafwürdigkeit der Verleumdung nicht blos durch die Rücksicht auf die Strafe des angedichteten Verbrechens bestimmt werden. Der falsche Vorwurf, daß Jemand gestohlen habe, kann unter Umständen weit empfindlicher sein, als die Andichtung, daß Jemand an einer hoch-

---

39) Wer aus Rachsucht in einem öffentlichen Kreise ein Frauenzimmer eine Hure, die für Jeden feil ist, schimpft, schadet mehr als der, welcher von ihr fälschlich aussagt, daß sie ein Zollvergehen oder eine Majestätsbeleidigung verübt habe.

40) Mein Aufsatz im Archive Bd. XIII, S. 314.

verrätherischen Unternehmung Theil genommen habe. In den spätern Entwürfen des bayer'schen Gesetzbuches waren manche Fehler des Gesetzbuches von 1813 verbessert, auch war die einfache Injurie in das Strafgesetzbuch gezogen; allein eine klare Fassung und gehörige Begrenzung des Begriffes der Injurie war auch diesen Entwürfen nicht gelungen[41]). Nach dem noch bestehenden Rechte ist die einfache Injurie in Bayern noch jetzt dem Civilgesetzbuche überlassen; die Unzweckmäßigkeit dieser Ansicht ist allgemein anerkannt und veranlaßte neuerlich einen Antrag in der Kammer der Reichsräthe[42]) auf Abänderung dieses Zustandes, obwohl freilich gegen die gemachten Vorschläge Manches einzuwenden ist.

Die Kenntniß der französischen Gesetzgebung über Injurien ist um so nothwendiger, als sie auf die Ausbildung der Ansichten in den neueren Strafgesetzbüchern einen entschiedenen Einfluß gehabt hat. Der Code pénal[43]) unterscheidet die Verleumdung (calomnie) von der injure. Die erste, welche als Vergehen (delit) bestraft wird, ist dann vorhanden, wenn Jemand an öffentlichen Orten oder Zusammenkünften oder in einer öffentlichen Urkunde oder in einer Druckschrift oder einer öffentlich angeschlagenen oder verkauften oder ausgetheilten Schrift einen Andern solcher Thatsachen beschuldigt, welche, wenn sie wahr wären, den Anderen einer criminellen oder correctionellen Untersuchung oder dem Hasse oder der Verachtung seiner Mitbürger aussetzen würden. Auf diese Art ist zwar der Begriff der Verleumdung auch von dem fälschlichen Vorwurfe unsittlicher Handlungen abhängig gemacht; allein die gewählten Ausdrücke: dem Hasse oder Verachtung preisgeben sind sehr unbestimmt, und überlassen fast Alles dem Ermessen der Richter. Die Strafe der calomnie fiel aber weg, wenn der Angeschuldigte den Beweis der Wahrheit seiner Behauptung liefern konnte, was der Art. 370 (obwohl freilich mit vielfachen Beschränkungen in Bezug auf die Beweismittel) gestattet. Im J. 1819 durch das Gesetz vom 17. Mai wurde ein anderes System zum Grunde gelegt[44]), um, wie man sagt, die Ehre der Bürger noch mehr gegen Angriffe zu schützen; statt calomnie sprach man nun von diffamation und nahm diese an bei jeder Behauptung oder Anschuldigung einer Thatsache, welche die Ehre oder die Achtung (honneur ou la considération) der Person oder der Corporation angreift, gegen welche die Beschuldigung vorgebracht wird. Jeder andere ehrenverletzende

---

41) S. darüber meinen Aufsatz im Archive des Criminalr. Bd. XIII, S. 517—528.

42) Verhandlungen der Kammer der Reichsräthe in Bayern von 1843 II. Beilagenband S. 460, III. Beilagenband S. 22. Die Commission der Kammer der Reichsräthe erklärte sich gegen den Vorschlag, die Bestrafung der Injurien an die Polizei zu weisen.

43) Art. 367.

44) Ueber die französ. Gesetzgebung nach dem Code pénal in dem Gesetze von 1819 s. Parant, loix de la Presse 1834, vorzüglich Chassan, traité des delits et contraventions de la parole, de l'ecriture etc. III vol. (Paris 1837—1839.) in vol. II. p. 172., und Morin, dictionnaire du droit criminel p. 267.

Ausdruck, jeder Ausdruck der Verachtung oder Beschimpfung, der nicht die Anschuldigung einer bestimmten Thatsache enthält, heißt injure[45]). Das Gesetz von 1819 gestattete nun keinen Beweis der Wahrheit mehr, ausgenommen bei der diffamation, die gegen Staatsdiener in Bezug auf ihre Dienstverrichtungen vorgebracht wurde. Von dem code pénal wurden noch auch in der Gesetzgebung von 1819 beibehalten die Bestimmungen über die denonciation calomnieuse[46]) und einige Artikel (376.) über die Injurien[47]). Die Injurie wird nach dem französischen Rechte entweder als delit von dem correctionellen Gerichte oder als contravention[48]) von dem Polizeigerichte abgeurtheilt. Das erste ist nur dann der Fall, wenn die Injurie entweder den Vorwurf eines bestimmten Lasters enthält oder öffentlich ausgestoßen wird. Zwischen den mündlichen und schriftlichen Injurien macht das Gesetz keinen Unterschied[49]) und bezeichnet auch die Natur der Injurie[50]) nicht näher, als dieß im Art. 376 des code pénal geschieht.

Eine eigenthümliche Ausbildung in der Lehre von den Injurien hat das englische Recht, das nur allmälig durch den Gerichtsgebrauch und einzelne Statute entwickelt wurde und auf der Unterscheidung von slander und libel beruht[51]). Wenn die Injurie durch Schrift, Druck, Gemälde oder sichtbare Darstellungen, z. B. dramatische verübt wird, so heißt sie libel und ist ein Gegenstand öffentlicher Bestrafung, weil man annimmt, daß dadurch der öffentliche Frieden gestört sei, Selbsthilfe befördert werde und der Nachtheil größer sei, wenn die Injurie durch Schrift oder andere bleibende Zeichen verübt wird. Wenn dagegen nur wörtlich eine Injurie ausgestoßen wird, so heißt sie slander und ist nur ein Gegenstand der Civilentschädigung. Nach dem englischen Gerichtsgebrauche ist libel eine böswillige durch Druck, Schrift, Gemälde oder andere Zeichen verübte Verbreitung mit dem Zwecke, das Andenken eines Verstorbenen zu verunglimpfen oder den Ruf eines Lebenden anzugreifen und ihn dem Hasse und der Verachtung auszusetzen oder ihn lächerlich zu machen[52]). Es ist nicht nöthig, daß in dem libel eine Verleumdung liege, auch eine In-

45) Ueber die Fehler der französ. Gesetzgebung meinen Aufsatz in dem Archive XIII. S. 514. Hau, observations sur le Projet de Revision vol. III. p. 38.

46) Code art. 378. und darüber Commentaire in Hellie, theorie du Code pénal VI. p. 482.

47) Darüber Hellie, theorie VIII. p. 330. und Morin l. c. p. 412.

48) Code pénal art. 471. nr. 11.

49) Hellie l. c. VIII. p. 335.

50) Morin l. c. 414. Die beste Entwickelung liefert das in Note 44 angeführte Werk von Chassan.

51) Holt, law of libel. London 1816. Starkie, a treatise on the law of libel and slander. London 1830. Rüssel, on crimes and misdemeanors I. p. 228., und eine gute Darstellung in Kent, Comentar on American law vol. II. p. 16—26.

52) So bezeichnet Kent l. c. p. 17. das libel und der neue Entwurf eines Criminalgesetzbuches für England (von 1843), Report seventh on criminal law p. 237., stellt den nämlichen Begriff auf.

jurie, welche den Anderen lächerlich zu machen sucht, wenn sie nur durch eine Schrift verbreitet wird, enthält ein libel; selbst manche beschimpfende Aeußerung, welche, wenn sie mündlich vorgebracht wäre, kein slander begründete, ist doch ein libel, wenn sie schriftlich geäußert wird. Ueber den Umfang, in welchem die einfache Injurie (slander) genommen wird, entscheidet zwar kein Gesetz; da jedoch der Gerichtsgebrauch in England so mächtig ist, so erklärt es sich leicht, wie eine gewisse gleichförmige Ansicht besteht, und nach der Richtung, daß es bei slander nur auf den durch Civilentschädigung auszugleichenden Nachtheil ankommt, die Injurie überall angenommen wird, wo der Geschmähte nachweist, daß er durch die Aeußerung des Anderen an seinem Gewerbe, an seinem Amte oder seiner Beschäftigung leiden würde. Bei dem libel ist, wie bereits bemerkt, die Richtung auf den Friedensbruch vorherrschend; da die Geschworenen über libel zu entscheiden haben (und zwar über die That und Rechtsfrage), so muß dem Ermessen der Geschworenen und ihrem richtigen Gefühle viel überlassen werden; allein der Gerichtsgebrauch steht darin fest[53]), daß jeder Vorwurf oder Aeußerung, welche den Zweck hat, den Ruf, Charakter, Credit einer Person anzugreifen oder sie als verächtlich, verabscheuungswürdig oder lächerlich darzustellen oder sie in ihrem Amte, Berufe oder Beschäftigung anzugreifen oder sie von den Wohlthaten und Vortheilen der bürgerlichen Gesellschaft auszuschließen, libel begründet. — Der durch irrige Anwendung römischer Vorschriften über carmen famosum, und durch die Ansicht, daß das libel in jedem Falle dem öffentlichen Frieden gefährlich sei, entstandene Gebrauch führte dazu, daß man den Beweis der Wahrheit des Vorwurfes nicht zuließ[54]). Die englische Lehre von den Injurien ging zwar auch in die nordamerikanischen Gesetzgebungen über; allein den Ansichten Nordamerika's über Rede- und Preßfreiheit widersprach die englische Doctrin von der Ausschließung der Wahrheit, daher die meisten Gesetzgebungen von Nordamerika ausdrücklich das Recht, die Wahrheit des Vorwurfes zu beweisen, anerkannten[55]). Die Nothwendigkeit überhaupt, manche englische Unterscheidungen zu verbannen und das Wesen der strafbaren Injurie genau im Gesetze zu bestimmen, fand in Nordamerika immer mehr Eingang. — Livingstone's[56]) Versuch, eine vollständige Injuriengesetzgebung zu liefern, bleibt ein ausgezeichnetes Werk, das jeder mit Gesetzgebung Beschäftigte wohl beachten sollte. Auch in England fühlte man immer mehr die Nothwendigkeit der Verbesserung des dort geltenden Systemes, insbesondre das Bedürfniß, dem Beweis der Wahrheit zu gestatten[57]). Wichtig ist in dieser Be-

53) Der 6. und 7. Report of the Commissioners on criminal law schließt sich [illegible] den Gebrauch an und stellt libel so auf, wie wir im Texte bemerkten.

54) S. meinen Aufsatz in dem Archive des Criminalr. 1839 S. 15—19.

55) Die beste Darstellung in Kent, Commentar vol. 11. p. 17—26. und Davis, treatise on criminal law (Philadelphia 1838.) p. 265 sq.

56) In seinem Code für Louisiana. Eine Uebersetzung des Capitels über Injurien s. in meiner Zeitschrift für ausländ. Gesetzgebung IV. S. 296.

57) Meinen Aufsatz im Archive S. 18.

ziehung der von der Criminalcommission 1842 und 1843 vorgelegte Entwurf eines Gesetzes über libel mit den Motiven der Commission[58]. Die für die Bearbeitung des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für Indien niedergesetzte Commission in England ging noch weiter und zeigte den Grundfehler des englischen Systemes, libel und slander darnach zu unterscheiden, ob die Schmähung schriftlich oder mündlich geschehe. Mit Recht wurde nachgewiesen[59], daß häufig eine mündlich in Gegenwart des Geschmähten ausgestoßene Injurie mehr zur Selbsthilfe reize und daher Friedensbruch veranlasse, als eine schriftliche Injurie, und daß eben so leicht die mündliche Injurie selbst größere Nachtheile bewirken könne, z. B. wenn in einer großen Gesellschaft etwas geäußert wird[60].

In Teutschland strebte die neueste Gesetzgebung die Lehre von den Injurien auf feste Grundsätze zurückzuführen, die Grenzen strafwürdiger Injurien zu bezeichnen und den Beweis der Wahrheit zu erweitern. Die Grundrichtungen aller dieser Gesetze zeigen sich theils darin, daß man die Injurien nicht mehr als bloßes Privatdelict, vielmehr entweder ausschließlich oder doch vorzugsweise als öffentlich strafbare Handlungen betrachtete, zwischen Verleumdung und einfacher Injurie unterschied, und die Grenzen des Wahrheitsbeweises festsetzte. Eine gewisse Halbheit, erklärbar aus dem Kampfe verschiedener Ansichten, die vorzüglich in den Ständeversammlungen sich geltend machten, ist überall sichtbar. Auch ist es auffallend, daß fast überall, wo neue Strafgesetzbücher erschienen, die Zahl der Prozesse über Injurien bedeutend zunahm[61], was zum großen Theile daraus sich erklären mag, daß die Unbestimmtheit und die weite Fassung der gesetzlichen Aussprüche über Injurien streitlustige oder rachsüchtige Personen veranlaßte, des gesetzlich dargebotenen Mittels, durch Injurienklagen ihre Rechte zu verfolgen, sich zu bedienen. Das badische Gesetz vom 28. Dec. 1831 unterschied die Verleumdung von der Injurie und nimmt die erste an, wenn Jemand einem Anderen eine Thatsache vorwirft, welche, wenn sie wahr wäre, eine Zucht- oder Correctionsstrafe zur Folge haben müßte, oder den Anderen der öffentlichen Verachtung preisgeben würde. Die einfache Injurie wurde nicht näher bezeichnet, sondern nur so charakterisirt, daß Jemand das Recht des Anderen auf Ehre wissentlich angreifen muß. Der Beweis der Wahrheit wurde gestattet, wenn nicht die Beleidigung in der Form lag, oder wenn die Beleidigung durch die Presse begangen war, aber auch in diesem Falle war der Wahrheitsbeweis ausnahmsweise zugelassen. Das Gesetz gestattete in den geringeren Fällen statt des Gefängnisses eine dem Kläger zufallende Geldstrafe zu erkennen; das Verfahren wurde in einer gemischten Form

58) Sixth Report of the commissioners on criminal law p. 42.

59) Penal Code prepared by the Indian law Commissioners 1838 p. 68., wo sich das Capitel XXV über Injurien findet.

60) Treffliche Bemerkungen in den Motiven zu jenem Code p. 119.

61) Nachweisungen in Bezug auf Baden s. in meiner Schrift: die Strafgesetzgebung Th. II, S. 73, 74.

eingeleitet. Das Gesetz bewährt sich nicht gut[62]). Der neue Entwurf eines Strafgesetzbuches für Baden verbesserte diese Fehler[63]); die falsche Beschuldigung ist von der Verleumdung und von der einfachen Ehrenkränkung unterschieden. Die Verleumdung war darauf gestellt, ob Jemand von einem Anderen strafbare oder unsittliche Handlungen, die, wenn sie wahr wären, ihn der öffentlichen Verachtung preisgeben würden, aussagt. Man suchte vorzüglich die Ehrenkränkung genau zu charakterisiren und nahm sie an, wenn Jemand einen Anderen verächtlich widerrechtlicher Weise behandelt oder sich widerrechtlicher Weise Scheltworte oder Schimpfreden oder überhaupt Reden oder Handlungen gegen denselben erlaubt, welche nach herrschender Sitte, Volks- oder Standesmeinung als Beschimpfung gelten; hierher rechnete man auch körperliche Mißhandlungen, Verletzungen der Schamhaftigkeit einer Person, Vorwürfe von unsittlichen Handlungen, die den Anderen in der öffentlichen Achtung herabzusetzen geeignet sind, wenn sie wahr wären, ohne daß der Fall in das Verbrechen der Verleumdung übergeht, und den Fall, wo Jemand einem Anderen unsittliche Eigenschaften beilegt. Der Beweis der Wahrheit wurde noch ausgedehnter als im Gesetze von 1831 zugelassen, jedoch bei den durch die Presse verübten Verleumdungen ausgeschlossen, wenn nicht der Vorwurf auf ein schweres Verbrechen gerichtet war oder der Urheber solcher Verleumdung ein öffentliches oder ein privatrechtliches Interesse hatte. Die Ansicht, daß bei Ehrenkränkungen statt Gefängnißstrafe auch Geldstrafe zum Vortheile des Beleidigten erkannt werden könnte, wurde beibehalten. Die Einwendungen, welche gegen diese Vorschläge theils von Schriftstellern[64]), theils in den Kammerverhandlungen[65]) gemacht wurden, betrafen die Frage: ob man die Absicht, zu beleidigen, zu dem Wesen der Ehrenkränkung fordern sollte; ferner inwiefern bei der Verleumdung das Merkmal nothwendig ist, daß die Aussage wissentlich falsch geschehen; vorzüglich die Fassung des Gesetzes über Ehrenkränkung, damit nicht zu viele Fälle hereingezogen würden; endlich wurde die Zulässigkeit des Beweises der Wahrheit angegriffen. — Das württemberg'sche Strafgesetzbuch bezeichnet (Art. 283) als Ehrenkränkung, wenn Jemand rechtswidrig einem Anderen durch Rede, Schrift, Zeichen oder bildliche Darstellungen oder durch Thätlichkeit Verachtung bezeigt, denselben durch öffentliche Verspottung in gleicher Weise herabwürdigt oder ihn verächtlicher Eigenschaften oder Gesinnungen bezüchtigt. Als Verläumdung (Art. 286) ist dagegen erklärt, wenn Jemand einem Anderen Handlungen, welche in dem württemberg'schen Gesetzbuche mit Strafe bedroht oder die ihn in der öffentlichen Meinung als verächtlich darzustellen geeignet sind, fälschlich beilegt.

---

62) Ueber die Fehler dieses Gesetzes s. meinen Aufsatz in dem Archive XIII. S. 534—538, und Kettenacker, in dem Archive für die Rechtspflege in Baden Bd. IV, S. 584.

63) Badenscher Entw. Art. 259—289.

64) Vorzüglich von Kettenacker, das Verbrechen der Ehrenverletzung. Mannheim 1839.

65) Nachweisungen in meiner Schrift: die Strafgesetzgebung Th. I, S. 79, und Th. II, S. 178.

Die falsche Beschuldigung eines Unschuldigen bei der Obrigkeit, um eine Untersuchung gegen ihn zu veranlassen, wurde (Art. 288) als Art der Verleumdung aufgestellt; für die Fälle, wo sich zwar nicht nachweisen läßt, daß die Beschuldigung der Obrigkeit wissentlich gegen bessere Ueberzeugung geschah, aber auch der gute Glaube des Anzeigers nicht klar sich ergibt, wollten die Kammern eine passende Bestimmung treffen. Der Art. 289 erklärt nun zuerst, daß der, welcher ohne die Absicht zu verleumden Handlungen der im Art. 282 bezeichneten Art aussagt, gleichwohl mit den Strafen von 287 bis zur Hälfte des Betrages belegt werden soll, wenn er die Wahrheit seines Bezüchtes nicht zu beweisen oder seinen Gewährsmann für die ausdrücklich nur auf Hörensagen gegründete Nachrede nicht nachzuweisen vermag. Es wurde der Zusatz hinzugefügt, daß die Strafe diejenigen nicht trifft, welche bei der Obrigkeit Vergehungen anzeigen, wenn ihnen nicht nachgewiesen werden kann, daß sie wissentlich eine Unwahrheit ausgesagt haben. — Der Art. 290 sprach entschieden das Princip aus, daß der Beweis der Wahrheit des Vorwurfes die Strafe aufhebt und daß selbst, wenn in der Form die Ehrenkränkung liegt, Strafe im verminderten Maße eintritt. Die Strafen sind Gefängniß (als Maximum 3 Jahre bei wissentlich falscher Beschuldigung bei der Obrigkeit) oder Geldstrafe (aber nicht zum Vortheile des Beleidigten). Durch das Gesetz vom 5. September 1839, Art. 17, 18, wurde ausgesprochen[66]), daß die Klage auf Genugthuung in Geld wegen Verletzungen der Ehre neben der Klage auf öffentliche Bestrafung besteht, und dem Beleidigten die Wahl zusteht, ob er die eine oder andere anstellen will, daß auch außerdem eine Klage wegen Ehrenverletzungen auf Schadenersatz begründet ist, wenn der Beleidigte nachweisen kann, daß er in seinem Fortkommen, Gewerbs- oder Geschäftsbetriebe beeinträchtigt wurde. Die Klagen auf Abbitte, Widerruf und Ehrenerklärung wurden aber aufgehoben. In Bezug auf die Anwendung der neuen Strafbestimmungen in Württemberg lehrt die Erfahrung, daß über den Umfang, in welchem die Ehrenkränkung anzunehmen ist[67]), verschiedenartige Ansichten der Gerichtshöfe vorkommen (was freilich bei der Anwendung eines jeden neuen Gesetzbuches der Fall sein wird). Vielfache Streitigkeiten über Anwendung der allgemeinen Bestimmungen über Injurien auf die Beleidigungen gegen Beamte entstanden dadurch, daß das württemberg. Gesetzbuch die Amtsbeleidigung aus dem Capitel über Ehrenkränkungen schied und als ein eigenes Verbrechen unter den Staatsverbrechen aufstellte[68]). Eine Quelle der größten Streitigkeiten eröffnete sich in der Praxis über die Anwendung des Art. 289 und die Frage: wie weit er auf die Denuntiationen bei der Obrigkeit angewendet werden kann[69]). In dem königl. sächsischen

---

66) S. darüber v. Wächter, im Archive für civil. Praxis Bd. XXIII, S. 90.

67) Hufnagel, Comm. zum württenb. Strafg. II. S. 169 fl[illegible]

68) Beweise der Nachtheile dieser Ansicht in meiner Schrift: die Strafgesetzgebung Th. I, S. 55, und Th. II, S. 93.

69) Zirkler, im Archive des Criminalr. 1841, S. 534, und meine Schrift über die Strafgesetzgebung Th. II, S. 93.

Strafgesetzbuche wurde die Verleumdung im Art. 194 so charakterisirt: Wer durch üble Nachrede oder heimliche Verbreitung mündlich oder schriftlich oder auf irgend eine Art einem Anderen ein Verbrechen oder eine Handlung, welche ihn in den Augen seiner Mitbürger herabzusetzen geeignet ist, fälschlicher Weise beimißt. Man weiß aus den Verhandlungen, daß man die Worte: durch üble Nachrede oder heimliche Verbreitung absichtlich wählte[70]), um auszudrücken, daß eine dem Andern in das Gesicht gesagte falsche Beschuldigung nicht als Verleumdung, sondern als Beleidigung bestraft werden soll: Man hatte die Strafe der Verleumdung in ihrem Minimum gering (selbst Geldstrafe) gesetzt, weil so leicht Fälle vorkommen, die zwar Verleumdungen nach dem Buchstaben der Gesetze, aber mit sehr geringer Verschuldung sind. Auch auf das bloße Verbreiten eines solchen[71]) der Ehre eines Anderen nachtheiligen Gerüchtes ohne Kenntniß von dessen Unwahrheit wurde im Art. 195 Strafe gesetzt. Die Beleidigung wurde im Art. 198 so bezeichnet: Wer gegen einen Anderen Handlungen oder Aeußerungen sich erlaubt, die an sich oder nach der gemeinen Meinung Verachtung ausdrücken oder eine Ehrenkränkung enthalten, ingleichen wer absichtlich falsche Nachrichten über eines Anderen persönliche Verhältnisse verbreitet, ist wegen Beleidigung zu bestrafen. Man bemerkt leicht, daß dadurch dem Richter eine sehr ungenügende Anweisung gegeben ist, weil es immer erst von dem Ermessen des Richters abhängt, was er als Ehrenkränkung betrachten will. Daß die Erzählung einer wahren Thatsache straflos sei, wenn nicht zugleich eine Ehrenkränkung daran liegt, ist durch Art. 196, und daß keine Strafe eintritt, wenn nach den vorliegenden Umständen eine beleidigende Absicht nicht angenommen werden konnte, durch Art. 199 anerkannt. Klagen auf Abbitte und Widerruf sind aufgehoben[72]). Das braunschweig'sche Gesetzbuch bezeichnet[73]) Beleidigungen nur insofern, als Jemand, der gegen einen Anderen ehrenkränkende oder nach der gemeinen Meinung Verachtung ausdrückende Handlungen oder Aeußerungen sich erlaubt, wegen Beleidigung bestraft werden soll (so daß in den geringsten Fällen eine Polizeistrafe eintritt). Der Verleumdung ist schuldig[74]), wer durch üble Nachrede oder durch öffentliche oder heimliche Verbreitung einem Anderen ein Verbrechen oder eine Handlung, die dessen guten Ruf zu gefährden geeignet ist, wissentlich fälschlich vorwirft. Die Einrede der Wahrheit ist nach Art. 201 insofern zugelassen, als die Vorhaltung einer wahren Thatsache als straflos erklärt ist, wenn sie auf eine Art geschah, die an sich nicht ehrenkränkend ist oder der Vorhaltende durch seine Stellung zu dem Beschuldigten zu solcher nach Zeit und Ort berechtigt war. Auch die ohne ehrenkränkende oder verleumderi-

70) Weiß, Comment. zum sächs. Strafgesetzbuche Bd. II, S. 388.

71) Das Gesetz will also, daß die Beschuldigung so beschaffen sein muß, wie im Art. 194.

72) Weiß, Commentar Bd. II, S. 406.

73) Art. 198.

74) Art. 199.

he Absicht, jedoch wissentlich falsche Verbreitung von Nachrichten, die inem Anderen nachtheilig sind, wird nach Art. 202, wenn ein erheblicher Schaden entstand, bestraft. Das k. hannöver'sche Strafgesetzbuch bezeichnet Verleumdung[75]) so, daß dieses Verbrechens derjenige schuldig ist, welcher einem Anderen wissentlich mündlich oder schriftlich oder durch bildliche Darstellung Verbrechen oder andere Handlungen andichtet, welche dem Anderen den guten Namen oder das zu seinem Berufe nothwendige Vertrauen seiner Mitbürger entziehen können, oder der eine den guten Namen gefährdende Handlung absichtlich so vornimmt, daß dadurch ein Anderer fälschlich als deren Urheber erscheint. Der Injurie ist dagegen schuldig[76]), wer die bürgerliche Ehre eines Anderen durch thätliche Beleidigung oder ehrenkränkende Aeußerung, sei es durch Rede, Schrift oder bildliche Darstellung, mit rechtswidrigem Vorsatz angreift. Nur in schweren Fällen, die der Art. 264 bezeichnet, wird die Ehrenkränkung criminell geahndet, in anderen Fällen[77]) nur polizeilich mit Gefängniß oder Geldbuße. Die Klagen auf Abbitte, Widerruf, Ehrenerklärung sind nach Art. 266 noch zugelassen. Die Einrede und der Beweis der Wahrheit hebt die Strafe der Injurie nicht auf[78]), wenn der Beleidiger die beleidigende Aeußerung unbefugter Weise und um dem Anderen dadurch zu schaden, sich erlaubte oder das Ehrenkränkende schon in der Form lag. — Eine genauere Begrenzung der Ehrenkränkung findet sich in dem großh. hessischen Gesetzbuche[79]). Es werden darin die falsche Denuntiation von der Verleumdung und Ehrenkränkung getrennt. Der Verleumdung macht sich schuldig[80]), wer (den Fall der falschen Denuntiation ausgenommen) einem Anderen wissentlich falsch einer bestimmten unsittlichen oder verbrecherischen Handlung beschuldigt, welche, wenn sie wahr wäre, denselben in der öffentlichen oder in seiner Standesgenossen Meinung verächtlich machen oder herabsetzen würde. — Um die Gefahren der Ausdehnung der Annahme von Verleumdungen zu beseitigen, aber doch gegen leichtsinniges, vielfach für Andere nachtheiliges Geschwätz die Ehre der Bürger zu schützen, bestimmt der Art. 308, daß auch derjenige als Verleumder bestraft werden soll, welcher Jemanden einer der im Art. 302 bezeichneten Handlungen beschuldigt, ohne daß die wissentlich falsche Eigenschaft der Beschuldigung erhellt, jedoch ohne daß er zureichende Gründe hatte, die Thatsache für wahr zu halten, insofern nicht die Beschuldigung unter der ausdrücklichen Verwahrung geschah, daß die dießfallsige Mittheilung nur eine vertrauliche sein sollte und die Ernstlichkeit dieser Verwahrung aus den Umständen hervorgeht, oder eine solche Verwahrung, wenn auch nicht ausdrücklich, doch stillschweigend aus den Umständen erhellt. Der Ehrenkränkung macht sich schuldig[81]), wer einem

75) Art. 261.
76) Art. 264.
77) Hannov. Gesetz über das Polizeistrafwesen vom 29. Oct. 1840 Art. 15.
78) Art. 267.
79) Titel XXXVII.
80) Art. 304.
81) Art. 308.

Anderen durch Rede, Schrift, Zeichen, bildliche Darstellung oder Thätlichkeit rechtswidrige Verachtung bezeigt oder ihn verächtlicher Eigenschaften oder Gesinnungen bezüchtigt. Auch Handlungen, welche eine Verletzung der Schamhaftigkeit desjenigen, gegen den sie verübt sind, enthalten, so wie an und für sich wahre Beschuldigungen, welche in einer solchen Form oder unter solchen Umständen vorgebracht worden sind, welche die Absicht, den Beschuldigten zugleich zu beleidigen, zu erkennen geben, werden zu den Ehrenkränkungen gerechnet. Der Beweis der Wahrheit der vorgebrachten Thatsachen hebt das Dasein der Beleidigung auf, ausgenommen in dem Falle des Art. 308, Nr. 2, also wenn wahre Beschuldigungen in einer Form oder unter Umständen vorgebracht werden, daß die Absicht zu beleidigen erhellt, oder wenn die Beschuldigung in einer bildlichen Darstellung verbreitet wurde[82]). Die Strafe der Verleumdung kann bis Correctionshaus bis zwei Jahre steigen, die der Ehrenkränkung ist Gefängniß oder Geldbuße. — In dem Geiste der bisher bezeichneten teutschen Gesetzbücher sind auch die neuesten Strafgesetzbücher der Schweiz bearbeitet. Das Thurgau'sche[83]) straft als Verleumder denjenigen, welcher wissentlich falsch von einem Anderen bestimmte Handlungen aussagt, welche das Gesetzbuch mit Strafe bedroht oder die ihn überhaupt verächtlich zu machen geeignet oder unsittlich sind (Strafe ist Geldbuße oder Gefängniß). Der Beschimpfung (Ehrenkränkung) ist schuldig, wer einem Anderen durch Rede, Schrift oder bildliche Darstellungen oder durch Thätlichkeit Verachtung bezeigt, denselben dem öffentlichen Spotte aussetzt oder ihm verächtliche Eigenschaften oder Gesinnungen beilegt. Das Vorbringen einer wahren, obgleich der Ehre des Anderen nachtheiligen Thatsache kann nicht als Verleumdung angesehen werden, wenn die Thatsache vollkommen erwiesen ist. War aber das Vorbringen einer solchen Thatsache nach Art des Ausdruckes oder der Bekanntmachung nach Zeit oder Ortsverhältnissen ehrenkränkend, so sind die gesetzlichen Strafen der Beschimpfung, jedoch im verringerten Maße, zu erkennen. — Das neue Strafgesetzbuch für das Waatland[84]) überläßt noch mehr dem Ermessen des Richters; es hebt nur die falsche Anzeige bei der Obrigkeit hervor, spricht von Verleumdung nicht abgesondert, bedroht aber mit Strafe denjenigen (Art. 263), welcher böslich und durch andere Mittel als die der Presse öffentlich, schriftlich oder mündlich, einem Anderen Handlungen andichtet, welche geeignet sind, den Anderen einer strafgerichtlichen Untersuchung, oder dem Hasse oder Verachtung der Mitbürger auszusetzen, und erklärt dann, daß die übrigen Injurien (ohne nähere Bezeichnung), die nicht unter Art. 263 gehören, mit Gefängniß, Geldbuße oder Verweis bestraft werden sollen. Der Beweis der Einrede der Wahrheit der Beschuldigung wird nicht zugelassen. In den Gesetzbüchern der italienischen Staaten enthalten die Strafbestimmungen über Injurien

82) Art. 315.
83) Titel XV. Art. 188—206.
84) Code pénal du Canton de Vaud. 1843 art. 260—267.

äufig nur Nachbildungen des franzöſ. Code[85]), jedoch mit Modificatio-
en[86]). Nur das sardinische Gesetzbuch gibt sehr ausführliche
Vorschriften[87]). Als diffamazione ist bezeichnet, wenn Jemand durch
ffentlich gehaltene Reden einem Anderen auch in seiner Abwesenheit
estimmte Thatsachen andichtet, welche, wenn sie wahr wären, ihn cri-
ainneller oder correctioneller Untersuchungen aussetzten oder seine Ehre oder
einen Ruf angreifen oder ihn dem öffentlichen Hasse oder der Verach-
ung Preis geben würden (Strafe bis zwei Jahre Gefängniß und Geldstrafe).
jeder beschimpfende oder Verachtung oder Verhöhnung enthaltende Ausdruck,
enn er öffentlich vorgebracht wird, jedoch nicht eine bestimmte Beschuldigung
nthält, begründet das Vergehen der öffentlichen Injurie. Nach Art.
621 kann der Urheber der Beschuldigung nicht verlangen, zum Beweise
er Wahrheit der Thatsachen gelassen zu werden, er kann sich selbst nicht
uf Notorietät oder darauf berufen, daß sie durch ausländische Urkunden
onstatirt sind. Wenn aber die vorgebrachten Beschuldigungen die Staats-
ehörde zur Einleitung einer Untersuchung gegen die beschuldigte Person
eranlassen, so wird der Prozeß wegen der Diffamation suspendirt und
venn sich die vorgeworfene Thatsache als wahr ergibt, so leidet der Be-
chuldiger keine Strafe. Die Person, welche beleidigt wurde, kann nach
Art. 623 immer verlangen, daß die gegen den Beleidiger eingeleitete Un-
tersuchung auch auf die Wahrheit oder Grundlosigkeit der vorgeworfenen
Thatsachen sich erstrecke; in diesem Falle kann der Beleidiger alle Be-
weise der behaupteten Thatsachen liefern; auch ist der Beweis der Wahr-
eit gestattet bei Vorwürfen von Thatsachen, deren Bekanntmachung das
Gesetz gestattet, oder wenn derjenige, welcher den Vorwurf machte, durch
ein Amtsverhältniß verpflichtet war, die Thatsache zu entdecken oder zu
estrafen. Nach Art. 629 kann der Beleidigte auch eine Civilschadens-
lage wegen der Beleidigung anstellen, und auf Verlangen des Beleidig-
ten kann der Richter den Beleidiger zur Abbitte, und wenn er dieß
nicht thut, zur Zahlung einer Geldstrafe bis 500 Thlr. an eine Wohl-
thätigkeitsanstalt verurtheilen. — Nach Art. 630 sind die anderen in-
juriösen Handlungen oder Beleidigungen, die nicht den Charakter der
Oeffentlichkeit an sich tragen, mit Gefängniß und mit Polizeistra-
fen bedroht. — Das norwegische Strafgesetzbuch[88]) unterscheidet
falsche Beschuldigung bei der Obrigkeit von anderen Verleumdungen und
Injurien. In Bezug auf Verleumdung wird in Ansehung der Strafe
unterschieden, ob Jemand einem Anderen strafbare Handlungen oder an-
dere andichtet, welche entweder vom Mangel der Sittlichkeit oder Recht-
lichkeit zeugten, oder auf andere eben so offenbare Art von nachthei-

---

85) Z. B. in den von Parma Codice art. 396—414.

86) Das päbstliche Strafgesetzbuch von 1832, Art. 308—334, hebt das libello famoso hervor und sieht bei den Injurien darauf, ob sie dem Beleidigten in das Gesicht gesagt oder vor wenigstens zwei Zeugen, oder in einer Schrift geäußert worden.

87) Codice penale von 1839 Art. 616—631.

88) Von 1842 Kapitel XVII.

ligem Einfluß auf den guten Ruf und Namen oder bürgerliche Achtung, sein Auskommen oder künftige Wohlfahrt des Anderen sein könnten. Die Injurie wird bezeichnet als Beleidigung durch ungebührliche Worte oder verhöhnende Aeußerungen durch Mienen oder Geberden oder andere Handlungen, welche Geringschätzung zu erkennen geben oder Ehrbarkeit verletzen. — Daß durch die Einrede der Wahrheit die Strafe abgewendet werden könne, spricht das Gesetzbuch nicht aus. Der neue k. preußische Entwurf[89]) bezeichnet im §. 258 als Verleumder denjenigen, welcher wider besseres Wissen einen Anderen einer solchen Handlung beschuldigt, durch welche sich derselbe eines Verbrechens schuldig gemacht oder Verachtung zugezogen haben würde. — Unter der Rubrik: üble Nachrede wird die Handlung desjenigen bezeichnet, welcher einem Anderen eine der in §. 258 bezeichneten Handlungen zwar nicht wider besseres Wissen, jedoch ohne dessen Wahrheit erweisen zu können, beimißt. Wird der Inhalt der Aeußerung als wahr erwiesen, so kann sie auch nicht als Ehrenkränkung bestraft werden, es sei denn, daß sie in einer solchen Weise oder unter solchen Umständen erfolgt wäre, aus welchen erhellt, daß sie in der Absicht zu beleidigen geschehen sei. Die Ehrenkränkung wird in dem Entwurfe nicht näher bezeichnet, sondern §. 266 sagt nur: wer durch Handlungen oder durch andere als die in §. 258—260 bezeichneten Aeußerungen die Ehre eines Anderen kränkt, wird (nun folgen die Strafdrohungen) bestraft. — Um eine Grenze zu ziehen, bestimmt jedoch §. 271, daß tadelnde Urtheile über wissenschaftliche Werke oder Leistungen[90]), oder Aeußerungen, welche zur Ausführung oder Vertheidigung von Gerechtsamen gemacht sind, und Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen nicht bestraft werden, es sei denn, daß sie in einer solchen Weise oder unter solchen Umständen erfolgt wären, aus welchen erhellt, daß sie in der Absicht zu beleidigen geschehen seien. Nach Art. 284 kann die Zurücknahme eines Strafantrages von Seite dessen, der ihn angebracht hatte, so lange geschehen, als das Erkenntniß erster Instanz noch nicht publicirt ist. — Nach dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für Ungarn[91]) wird als Verleumder derjenige bestraft, welcher Jemandem ein bestimmtes Verbrechen oder eine bestimmte Unsittlichkeit wissentlich falsch beilegt und solches ihm entweder in das Gesicht sagt oder in seiner Abwesenheit zwar, aber vor Anderen öffentlich und zum allgemeinen Aergernisse, aussagt. Nach §. 268 wird als Verleumder nicht bestraft, wer die Wahrheit seiner Worte beweist, ja selbst derjenige wird es nicht, welcher hinsichtlich des Verbrechens oder der Unsittlichkeit, die er Jemandem in das Gesicht oder öffentlich ausgesagt hat, Umstände zu beweisen im Stande ist, woraus er die Wahrheit seiner Behauptung folgern konnte. Wer hinsichtlich eines Verbrechens

89) Art. 258—287.

90) Allein der Art. fügt hinzu: Welche sich auf den Werth oder Unwerth des Gegenstandes beschränken oder doch die Person des Urhebers nur in Bezug auf seine Leistungen berühren.

91) Von 1843 Tit. XXVII, Art. 267.

›er einer Unsittlichkeit des Anderen nur seinen Verdacht gegen Jeman- ›n äußert und nicht als Wahrheit hinstellen kann, ist wegen Verleum- ung nur zu strafen, wenn aus den Umständen sich ergibt, daß ein ge- ußerter Verdacht keinen Grund hatte und daß er ihn unmittelbar in der bsicht, zu beleidigen, ersonnen habe. Nach §. 269 wird der Ehren- ränkung schuldig erklärt, wer ohne ein Verbrechen oder eine Unsittlich- eit besonders zu benennen, mit allgemeinen Ausdrücken, welche nach der ffentlichen Meinung als ehrenkränkend betrachtet werden, Jemanden in as Gesicht angreift oder in dessen Abwesenheit zwar, aber vor Anderen ffentlich und zum allgemeinen Aergernisse, erniedrigt.

Wendet man sich nun I. an das **gemeine Recht**, so kann man ie Frage: ob das römische Recht in der Lehre von den Injurien noch öllig anwendbar bei uns sei, weder allgemein bejahen noch verneinen[92]). Es ist richtig, daß der Begriff der Ehrenkränkung im teutschen Rechte und in der teutschen Praxis mehr die Richtung einer Kränkung des gei- stigen Gutes, welches wir Ehre nennen, erhalten hat, daß schon die in dem teutschen Rechte ausgebildeten Klagen auf Abbitte, Ehrenerklärung u. s. w. nur dem Begriffe der Ehrenkränkung im engeren Sinne ent- sprechen, daß da, wo die Injurie mit öffentlichen Strafen geahndet wird, der römische Begriff der iniuria im weiteren Sinne als Verletzung der Persönlichkeit nicht paßt und es lächerlich sein würde, wenn Jemand da, wo der Nachbar ihn durch Gestank belästigt oder wo der Beklagte ihn an der Verfertigung eines Testamentes hinderte, wegen Ehrenkränkung klagen wollte. Auch ist es gewiß, daß eben in der Lehre von den Injurien bei jedem Volke die sittlichen Ansichten und die Vor- stellungen über den Umfang und den Charakter der Ehre den entschei- denden Einfluß über das ausüben, was als Ehrenkränkung gilt. Auf der anderen Seite aber ist es eben so richtig, daß im gemeinen Rechte die größte Lücke entstehen würde, wenn man römisches Recht in unserer Lehre nicht anwenden wollte, da die Carolina keine Bestimmungen enthält; auch sind die Ansichten der römischen Juristen über iniuria in der Richtung, in welcher sie dem heutigen Ausdrucke: Ehrenkränkung gleichsteht, so weise und practisch, daß sie sehr wohl bei jedem Volke in Bezug auf die ihnen zum Grunde liegenden Principien angewendet werden können, wo- bei freilich die Anwendung mancher römischen Stelle, die sich nur auf römische Volksansichten beziehen, bei uns bezweifelt werden muß. Auch ist daraus, daß bei Verletzungen der existimatio im obigen ersten Sinne, wo iniuria im weiten Sinne als Verletzung der Persönlichkeit aufgefaßt ist, die römische actio iniuriarum als civilrechtliches Genugthuungsmittel angewendet war, noch nicht zu folgern, daß eine solche Handlung auch die öffentlichen Strafen oder die Klage auf Abbitte nach sich zieht, welche bei der iniuria als Ehrenkränkung zulässig ist. Ohnehin sind manche

92) S. darüber **Roßhirt**, Geschichte II. S. 260. **Martin**, Lehrbuch S. 402. **Heffter**, Lehrbuch §. 296, Note 2. **Marezoll**, Lehrbuch S. 354. **Heffter**, im Archive des Criminalr., neue Folge, 1839, S. 287. **Meinen Aufsatz** im Archive XIII. S. 505. **Seuffert**, Blätter für Rechts- anwendung in Bayern, 1836, S. 100.

Anderen durch Rede, Schrift, Zeichen, bildliche Darstellung oder Thätlichkeit rechtswidrige Verachtung bezeigt oder ihn verächtlicher Eigenschaften oder Gesinnungen bezüchtigt. Auch Handlungen, welche eine Verletzung der Schamhaftigkeit desjenigen, gegen den sie verübt sind, enthalten, so wie an und für sich wahre Beschuldigungen, welche in einer solchen Form oder unter solchen Umständen vorgebracht worden sind, welche die Absicht, den Beschuldigten zugleich zu beleidigen, zu erkennen geben, werden zu den Ehrenkränkungen gerechnet. Der Beweis der Wahrheit der vorgebrachten Thatsachen hebt das Dasein der Beleidigung auf, ausgenommen in dem Falle des Art. 308, Nr. 2, also wenn wahre Beschuldigungen in einer Form oder unter Umständen vorgebracht werden, daß die Absicht zu beleidigen erhellt, oder wenn die Beschuldigung in einer bildlichen Darstellung verbreitet wurde[82]). Die Strafe der Verleumdung kann bis Correctionshaus bis zwei Jahre steigen, die der Ehrenkränkung ist Gefängniß oder Geldbuße.— In dem Geiste der bisher bezeichneten teutschen Gesetzbücher sind auch die neuesten Strafgesetzbücher der Schweiz bearbeitet. Das Thurgau'sche[83]) straft als Verleumder denjenigen, welcher wissentlich falsch von einem Anderen bestimmte Handlungen aussagt, welche das Gesetzbuch mit Strafe bedroht oder die ihn überhaupt verächtlich zu machen geeignet oder unsittlich sind (Strafe ist Geldbuße oder Gefängniß). Der Beschimpfung (Ehrenkränkung) ist schuldig, wer einem Anderen durch Rede, Schrift oder bildliche Darstellungen oder durch Thätlichkeit Verachtung bezeigt, denselben dem öffentlichen Spotte aussetzt oder ihm verächtliche Eigenschaften oder Gesinnungen beilegt. Das Vorbringen einer wahren, obgleich der Ehre des Anderen nachtheiligen Thatsache kann nicht als Verleumdung angesehen werden, wenn die Thatsache vollkommen erwiesen ist. War aber das Vorbringen einer solchen Thatsache nach Art des Ausdruckes oder der Bekanntmachung nach Zeit oder Ortsverhältnissen ehrenkränkend, so sind die gesetzlichen Strafen der Beschimpfung, jedoch im verringerten Maße, zu erkennen. — Das neue Strafgesetzbuch für das Waatland[84]) überläßt noch mehr dem Ermessen des Richters; es hebt nur die falsche Anzeige bei der Obrigkeit hervor, spricht von Verleumdung nicht abgesondert, bedroht aber mit Strafe denjenigen (Art. 263), welcher böslich und durch andere Mittel als die der Presse öffentlich, schriftlich oder mündlich, einem Anderen Handlungen andichtet, welche geeignet sind, den Anderen einer strafgerichtlichen Untersuchung, oder dem Hasse oder Verachtung der Mitbürger auszusetzen, und erklärt dann, daß die übrigen Injurien (ohne nähere Bezeichnung), die nicht unter Art. 263 gehören, mit Gefängniß, Geldbuße oder Verweis bestraft werden sollen. Der Beweis der Einrede der Wahrheit der Beschuldigung wird nicht zugelassen. In den Gesetzbüchern der italienischen Staaten enthalten die Strafbestimmungen über Injurien

82) Art. 315.
83) Titel XV. Art. 188—206.
84) Code pénal du Canton de Vaud. 1843 art. 260—267.

häufig nur Nachbildungen des französ. Code[85]), jedoch mit Modificationen[86]). Nur das sardinische Gesetzbuch gibt sehr ausführliche Vorschriften[87]). Als diffamazione ist bezeichnet, wenn Jemand durch öffentlich gehaltene Reden einem Anderen auch in seiner Abwesenheit bestimmte Thatsachen andichtet, welche, wenn sie wahr wären, ihn criminneller oder correctioneller Untersuchungen aussetzten oder seine Ehre oder seinen Ruf angreifen oder ihn dem öffentlichen Hasse oder der Verachtung Preis geben würden (Strafe bis zwei Jahre Gefängniß und Geldstrafe). Jeder beschimpfende oder Verachtung oder Verhöhnung enthaltende Ausdruck, wenn er öffentlich vorgebracht wird, jedoch nicht eine bestimmte Beschuldigung enthält, begründet das Vergehen der öffentlichen Injurie. Nach Art. 621 kann der Urheber der Beschuldigung nicht verlangen, zum Beweise der Wahrheit der Thatsachen gelassen zu werden, er kann sich selbst nicht auf Notorietät oder darauf berufen, daß sie durch ausländische Urkunden constatirt sind. Wenn aber die vorgebrachten Beschuldigungen die Staatsbehörde zur Einleitung einer Untersuchung gegen die beschuldigte Person veranlassen, so wird der Prozeß wegen der Diffamation suspendirt und wenn sich die vorgeworfene Thatsache als wahr ergibt, so leidet der Beschuldiger keine Strafe. Die Person, welche beleidigt wurde, kann nach Art. 623 immer verlangen, daß die gegen den Beleidiger eingeleitete Untersuchung auch auf die Wahrheit oder Grundlosigkeit der vorgeworfenen Thatsachen sich erstrecke; in diesem Falle kann der Beleidiger alle Beweise der behaupteten Thatsachen liefern; auch ist der Beweis der Wahrheit gestattet bei Vorwürfen von Thatsachen, deren Bekanntmachung das Gesetz gestattet, oder wenn derjenige, welcher den Vorwurf machte, durch sein Amtsverhältniß verpflichtet war, die Thatsache zu entdecken oder zu bestrafen. Nach Art. 629 kann der Beleidigte auch eine Civilschadensklage wegen der Beleidigung anstellen, und auf Verlangen des Beleidigten kann der Richter den Beleidiger zur Abbitte, und wenn er dieß nicht thut, zur Zahlung einer Geldstrafe bis 500 Thlr. an eine Wohlthätigkeitsanstalt verurtheilen. — Nach Art. 630 sind die anderen injuriösen Handlungen oder Beleidigungen, die nicht den Charakter der Oeffentlichkeit an sich tragen, mit Gefängniß und mit Polizeistrafen bedroht. — Das norwegische Strafgesetzbuch[88]) unterscheidet falsche Beschuldigung bei der Obrigkeit von anderen Verleumdungen und Injurien. In Bezug auf Verleumdung wird in Ansehung der Strafe unterschieden, ob Jemand einem Anderen strafbare Handlungen oder andere andichtet, welche entweder vom Mangel der Sittlichkeit oder Rechtlichkeit zeugten, oder auf andere eben so offenbare Art von nachthei-

85) Z. B. in den von Parma Codice art. 396—414.

86) Das päbstliche Strafgesetzbuch von 1832, Art. 308—334, hebt das libello famoso hervor und sieht bei den Injurien darauf, ob sie dem Beleidigten in das Gesicht gesagt oder vor wenigstens zwei Zeugen, oder in einer Schrift geäußert worden.

87) Codice penale von 1839 Art. 616—631.

88) Von 1842 Kapitel XVII.

ligem Einfluß auf den guten Ruf und Namen oder bürgerliche Achtung, sein Auskommen oder künftige Wohlfahrt des Anderen sein könnten. Die Injurie wird bezeichnet als Beleidigung durch ungebührliche Worte oder verhöhnende Aeußerungen durch Mienen oder Geberden oder andere Handlungen, welche Geringschätzung zu erkennen geben oder Ehrbarkeit verletzen. — Daß durch die Einrede der Wahrheit die Strafe abgewendet werden könne, spricht das Gesetzbuch nicht aus. Der neue k. preußische Entwurf[89]) bezeichnet im §. 258 als Verleumder denjenigen, welcher wider besseres Wissen einen Anderen einer solchen Handlung beschuldigt, durch welche sich derselbe eines Verbrechens schuldig gemacht oder Verachtung zugezogen haben würde. — Unter der Rubrik: üble Nachrede wird die Handlung desjenigen bezeichnet, welcher einem Anderen eine der in §. 258 bezeichneten Handlungen zwar nicht wider besseres Wissen, jedoch ohne dessen Wahrheit erweisen zu können, beimißt. Wird der Inhalt der Aeußerung als wahr erwiesen, so kann sie auch nicht als Ehrenkränkung bestraft werden, es sei denn, daß sie in einer solchen Weise oder unter solchen Umständen erfolgt wäre, aus welchen erhellt, daß sie in der Absicht zu beleidigen geschehen sei. Die Ehrenkränkung wird in dem Entwurfe nicht näher bezeichnet, sondern §. 266 sagt nur: wer durch Handlungen oder durch andere als die in §. 258—260 bezeichneten Aeußerungen die Ehre eines Anderen kränkt, wird (nun folgen die Strafdrohungen) bestraft. — Um eine Grenze zu ziehen, bestimmt jedoch §. 271, daß tadelnde Urtheile über wissenschaftliche Werke oder Leistungen[90]), oder Aeußerungen, welche zur Ausführung oder Vertheidigung von Gerechtsamen gemacht sind, und Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen nicht bestraft werden, es sei denn, daß sie in einer solchen Weise oder unter solchen Umständen erfolgt wären, aus welchen erhellt, daß sie in der Absicht zu beleidigen geschehen seien. Nach Art. 284 kann die Zurücknahme eines Strafantrages von Seite dessen, der ihn angebracht hatte, so lange geschehen, als das Erkenntniß erster Instanz noch nicht publicirt ist. — Nach dem Entwurfe eines Strafgesetzbuches für Ungarn[91]) wird als Verleumder derjenige bestraft, welcher Jemandem ein bestimmtes Verbrechen oder eine bestimmte Unsittlichkeit wissentlich falsch beilegt und solches ihm entweder in das Gesicht sagt oder in seiner Abwesenheit zwar, aber vor Anderen öffentlich und zum allgemeinen Aergernisse, aussagt. Nach §. 268 wird als Verleumder nicht bestraft, wer die Wahrheit seiner Worte beweist, ja selbst derjenige wird es nicht, welcher hinsichtlich des Verbrechens oder der Unsittlichkeit, die er Jemandem in das Gesicht oder öffentlich ausgesagt hat, Umstände zu beweisen im Stande ist, woraus er die Wahrheit seiner Behauptung folgern konnte. Wer hinsichtlich eines Verbrechens

89) Art. 258—287.

90) Allein der Art. fügt hinzu: Welche sich auf den Werth oder Unwerth des Gegenstandes beschränken oder doch die Person des Urhebers nur in Bezug auf seine Leistungen berühren.

91) Von 1843 Tit. XXVII, Art. 267.

der einer Unsittlichkeit des Anderen nur seinen Verdacht gegen Jeman-
en äußert und nicht als Wahrheit hinstellen kann, ist wegen Verleum-
ung nur zu strafen, wenn aus den Umständen sich ergibt, daß ein ge-
ußerter Verdacht keinen Grund hatte und daß er ihn unmittelbar in der
Absicht, zu beleidigen, ersonnen habe. Nach §. 269 wird der Ehren-
kränkung schuldig erklärt, wer ohne ein Verbrechen oder eine Unsittlich-
eit besonders zu benennen, mit allgemeinen Ausdrücken, welche nach der
öffentlichen Meinung als ehrenkränkend betrachtet werden, Jemanden in
das Gesicht angreift oder in dessen Abwesenheit zwar, aber vor Anderen
öffentlich und zum allgemeinen Aergernisse, erniedrigt.

Wendet man sich nun I. an das **gemeine Recht**, so kann man die Frage: ob das römische Recht in der Lehre von den Injurien noch völlig anwendbar bei uns sei, weder allgemein bejahen noch verneinen[92]. Es ist richtig, daß der Begriff der Ehrenkränkung im teutschen Rechte und in der teutschen Praxis mehr die Richtung einer Kränkung des geistigen Gutes, welches wir Ehre nennen, erhalten hat, daß schon die in dem teutschen Rechte ausgebildeten Klagen auf Abbitte, Ehrenerklärung u. s. w. nur dem Begriffe der Ehrenkränkung im engeren Sinne entsprechen, daß da, wo die Injurie mit öffentlichen Strafen geahndet wird, der römische Begriff der iniuria im weiteren Sinne als Verletzung der Persönlichkeit nicht paßt und es lächerlich sein würde, wenn Jemand da, wo der Nachbar ihn durch Gestank belästigt oder wo der Beklagte ihn an der Verfertigung eines Testamentes hinderte, wegen Ehrenkränkung klagen wollte. Auch ist es gewiß, daß eben in der Lehre von den Injurien bei jedem Volke die sittlichen Ansichten und die Vorstellungen über den Umfang und den Charakter der Ehre den entscheidenden Einfluß über das ausüben, was als Ehrenkränkung gilt. Auf der anderen Seite aber ist es eben so richtig, daß im gemeinen Rechte die größte Lücke entstehen würde, wenn man römisches Recht in unserer Lehre nicht anwenden wollte, da die Carolina keine Bestimmungen enthält; auch sind die Ansichten der römischen Juristen über iniuria in der Richtung, in welcher sie dem heutigen Ausdrucke: Ehrenkränkung gleichsteht, so weise und practisch, daß sie sehr wohl bei jedem Volke in Bezug auf die ihnen zum Grunde liegenden Principien angewendet werden können, wobei freilich die Anwendung mancher römischen Stelle, die sich nur auf römische Volksansichten beziehen, bei uns bezweifelt werden muß. Auch ist daraus, daß bei Verletzungen der existimatio im obigen ersten Sinne, wo iniuria im weiten Sinne als Verletzung der Persönlichkeit aufgefaßt ist, die römische actio iniuriarum als civilrechtliches Genugthuungsmittel angewendet war, noch nicht zu folgern, daß eine solche Handlung auch die öffentlichen Strafen oder die Klage auf Abbitte nach sich zieht, welche bei der iniuria als Ehrenkränkung zulässig ist. Ohnehin sind manche

---

92) S. darüber **Roßhirt**, Geschichte II. S. 260. **Martin**, Lehrbuch S. 402. **Heffter**, Lehrbuch §. 296, Note 2. **Marezoll**, Lehrbuch S. 354. **Heffter**, im Archive des Criminalr., neue Folge, 1839, S. 237. **Meinen** Aufsatz im Archive XIII. S. 505. **Seuffert**, Blätter für Rechtsanwendung in Bayern, 1836, S. 100.

Handlungen, die bei den Römern unter iniuria im weiteren Sinne gestellt waren, bei uns unter besondere Strafgesetze gestellt worden, z. B. in Bezug auf Hausfriedensbruch, Kirchenverletzungen u. a., in welchem Falle dann die Handlung nicht als iniuria, sondern nach dem besondern Strafgesetze zu beurtheilen ist.

II. In Ansehung des Grundes, wegen welches das Gesetz die Injurien bestraft, findet sich keine Gleichförmigkeit der Ansichten[93]). Im Sinne des römischen, also auch des gemeinen Rechtes wird zunächst nur das verletzte Privatinteresse des Beleidigten hervorgehoben. Daß die Römer dabei nicht an ein materielles Recht auf Ehre, wie man von einem Eigenthumsrechte spricht, dachten, sondern mehr die existimatio als ein intellectuelles Gut, dessen Genuß gekränkt wird, und an den Schmerz der Kränkung dachten, ist wahrscheinlich, ohne daß man deßwegen Alles nur auf das schmerzliche Gefühl beziehen darf, welches der Geschmähte empfindet, denn dadurch erhielte die Gesetzgebung keinen Maßstab für die Beurtheilung. Es ist zwar richtig, daß das Gesetz dadurch, daß es die Injurie nur auf Klage des Beleidigten verfolgen läßt, anerkennt, daß es von ihm abhänge, ob er sich als beleidigt betrachten und daher die Injurie verfolgen will, so daß das Gefühl des Geschmähten insofern entscheidet, ob eine Verfolgung wegen Injurie eintreten soll; allein der Richter kann die Frage: ob in einem Falle eine Injurie begründet ist, nicht davon abhängen lassen, ob durch eine Handlung ein schmerzliches Gefühl des Anderen entstand: denn häufig begründen manche Vorwürfe oder ein gewisses Benehmen gegen einen Anderen ein sehr schmerzliches Gefühl desjenigen, der so behandelt wird, ohne daß deßwegen juristisch eine Ehrenkränkung angenommen wird, z. B. bei Aeußerungen, wodurch einem Anderen Eigenschaften des Geistes abgesprochen werden, worauf der Andere großen Werth legt, oder wenn Jemand zwar nicht entschieden injuriöser Weise, aber doch so gegen einen Anderen sich benimmt, daß daraus klar derselbe bemerkt, daß der Erstere ihn sehr gleichgiltig behandelt oder ihn geringschätzt. Insofern auch eine öffentliche Strafe bei Injurien eintritt, hebt das Gesetz auch das öffentliche Interesse hervor, welches der Staat an verübten Injurien nimmt, insofern dadurch eine Grundlage des ruhigen Zusammenlebens der Bürger gestört wird, weil eine Schmähung leicht weiter sich verbreitet und das Vertrauen der Mitbürger zu dem Geschmähten untergräbt, diesen leicht einer neuen verletzenden Behandlung aussetzt und daher bei dem Geschmähten, der durch Angriff auf seine Ehre auch seine Wirksamkeit im bürgerlichen Leben gefährdet sieht, leicht die Lust zur Selbsthilfe, zur Rache und zur Anwendung von Mitteln reizt, welche nach den Standesansichten der Geschmähte als Mittel sich zu reinigen und den Schimpf abzuwaschen, ansieht, z. B. bei dem Duell. Insofern spricht das englische Recht bei dem libel von der Friedensstörung.

---

93) Jarke in Hitzig, Zeitschrift Hft. 34, S. 267. Roßhirt, Gesch. II. S. 261. Birnbaum, im Archive, neue Folge I. S. 185. Mein Aufsatz im Archive des Criminalr. XIV. S. 178.

III. Jede Gesetzgebung hat Gründe, den Kreis der strafbaren Injurien nicht zu weit auszudehnen. Je mehr in neuerer Zeit das Leben öffentlich geworden ist, je mehr in Bezug auf Wahlen zu Stellen der Abgeordneten oder Gemeindebeamten die Theilnahme der Bürger daran, ob Jemand zu wählen und daher des öffentlichen Vertrauens würdig ist, gesteigert wird, je mehr Privatpersonen öffentlich, z. B. in der politischen Laufbahn auftreten, und die Handlungsweise solcher Menschen Gegenstand der öffentlichen Beurtheilung wird, und bei solchen Fragen, z. B. ob Jemand gewählt werden soll, die Würdigkeit des Candidaten in allen Beziehungen geprüft werden darf, desto mehr werden die Bürger veranlaßt, über Andere ihr Urtheil auszusprechen und daher auch harte Aeußerungen zu machen, welche der Andere, wenn er sie erfährt, als beleidigend aufnimmt. Es ist daher leicht zu bemerken, daß die Zahl der Injurienprozesse in neuerer Zeit sehr vermehrt worden ist[94]). Die Gesetzgebung muß dabei erwägen, daß die Häufigkeit solcher Prozesse leicht nachtheilige Folgen hat, weil nach der Erfahrung durch Injurienprozesse und die darin zur Sprache gebrachten Thatsachen, welche die Parteien zur Rechtfertigung des Angriffes oder der Vertheidigung anführen, die Erbitterung weit größer wird und, durch ganze Familien sich verbreitend, den Frieden stört. Die Gesetzgebung soll durch Begünstigung der Injurienprozesse nicht die Empfindlichkeit der Bürger steigern, die Freiheit des Urtheiles hindern, sie soll vielmehr der Grundrücksicht folgen, daß bei der Frage: welche Handlungen als strafbar erklärt werden sollen, die Bürger nur vor rechtswidrigen Angriffen auf jene Verhältnisse geschützt werden sollen, an deren Besitz sich ein reeller, des Schutzes der Gesellschaft würdiger, Vortheil knüpft, und wo die Verletzung einen wirklichen Nachtheil für die bürgerliche Gesellschaft erzeugt[95]). Nur das, was dem Menschen den wahren Werth gibt, soll der Staat schützen; nur da, wo der Mensch in Eigenschaften angegriffen ist, ohne welche die Wirksamkeit des Menschen in der bürgerlichen Gesellschaft gestört wird, soll er den Schutz der Gesetze insofern genießen, als der Angriff für strafbar erklärt wird. Dieß ist nun der Fall, wenn der Mensch in seinem Werthe als moralischer und rechtlicher Mensch und Bürger angegriffen, wo seine Sittlichkeit oder Rechtlichkeit bestritten oder wo er von einem Anderen so behandelt wird, wie man sich nur gegen einen Menschen, den man als unmoralisch oder unrechtlich verachtet, die Behandlung erlaubt, soll der Staat eine Injurie annehmen[96]). Nur bei Angriffen dieser Art ist der wahre Werth des Menschen angegriffen; ohne diesen ist die Wirksamkeit in dem bürgerlichen Leben gelähmt; hier hat auch der Staat einen Maßstab für die Annahme der Injurie, da er mit Recht von der allgemeinen Vermuthung der Moralität und Rechtlichkeit des Menschen

---

94) Meine Schrift über die Strafgesetzgebung Th. II, S. 73.

95) Mein Aufsatz im Archive des Criminalrechtes XIV. S. 66.

96) Mein Aufsatz im Archive XIV. S. 71, und Kettenacker, im Archive für badensche Rechtspflege IV. S. 591. Chassan, traité des delits de la parole I. p. 341.

so lange ausgeht, bis Handlungen, die das Gegentheil zeigen, nachgewiesen sind; hier kann der Richter auch leicht urtheilen, ob die Injurie, nämlich der Angriff auf Moralität und Rechtlichkeit des Anderen vorhanden sei, während der Staat keinen Grund hat, auch Angriffe zu strafen, wodurch Anderen Eigenschaften, die den Menschen als geistig gebildet, als geschickt in seinem Fache, als liebenswürdig im Umgange darstellen, abgesprochen werden; denn Eigenschaften dieser Art gehören nicht als wesentliche Bedingungen zur nothwendigen Wirksamkeit im bürgerlichen Leben; — auch der wenig gebildete, der talentlose, der ungeschickte, der häßliche und von allen geselligen Talenten entblößte Mensch wird doch als moralischer und rechtlicher Mensch anerkannt werden und als solcher eine Wirksamkeit haben können. Wollte der Staat auch Angriffe auf die geistigen Eigenschaften und geselligen Vorzüge als Injurien strafen, so müßte er entweder von einer gesetzlichen Vermuthung ausgehen, daß jeder Mensch die erwähnten Eigenschaften besitze oder er müßte im einzelnen Falle des darauf gemachten Angriffes dem Richter das Urtheil überlassen oder selbst eine Beweisführung darüber gestatten, ob der Angegriffene jene Eigenschaften besitze, die ihm abgesprochen werden.

IV. Fragt man nach dem **Begriffe der Injurie** und zwar nach **gemeinem Rechte**, so muß man einen zweifachen unterscheiden, je nachdem die iniuria im weiten Sinne, also mit der doppelten Richtung der existimatio aufgefaßt war, wo daher iniuria im weiten Sinne als **Unrecht**, und iniuria im engeren Sinne, in welchem iniuria dem teutschen Worte: Ehrenkränkung gleichsteht. Im ersten Sinne ist Injurie jede rechtswidrige, absichtliche, in ein anderes Verbrechen nicht übergehende Verletzung eines Anderen an seiner Rechtsfähigkeit und Persönlichkeit, und jede die verächtliche Meinung über einen Anderen aussprechende oder die Meinung der Mitbürger über den Anderen als verächtlichen Menschen bestimmende absichtlich vorgenommene Handlung oder Aeußerung. Im engeren Sinne ist Injurie, als Ehrenkränkung aufgefaßt, der wissentlich falsche Vorwurf unsittlicher oder unrechtlicher Handlungen oder Bezüchtigung verächtlich machender Gesinnungen oder Eigenschaften des Anderen oder durch Handlungen, Darstellungen oder Worte verübte rechtswidrige, einem Anderen Verachtung bezeigende Aeußerung.

Fragt man: ob eine Strafgesetzgebung gesetzlich den Begriff der strafbaren Injurie aufstellen oder dem Ermessen des Richters es überlassen soll, zu bestimmen, in welchen Fällen er eine Injurie als begründet annehmen will, so hat sich zwar für die zweite Ansicht neuerlich die mit dem k. preußischen Entwurfe den Provinzialständen vorgelegte Denkschrift[97]) erklärt und **Temme**[98]) stimmt dieser Ansicht bei, weil bei den Injurien Alles auf den individuellen Verhältnissen des einzelnen Falles beruhe, und man auch die Ehre nicht definiren könne. Wir können dieser Ansicht nicht beistimmen. Der Gesetzgeber kann hier nicht auf eine sicher leitende gleichförmige, bei allen Richtern vorhandene Ansicht

---

97) Denkschrift S. 19.

98) **Temme**, Kritik des preuß. Entwurfes Th. II, S. 204.

ber Injurien rechnen; die Vorstellungen davon, was man als Ehre ines Menschen betrachten und schützen soll, sind höchst verschieden und man braucht nur die Schriften verschiedener Schriftsteller über Ehre zu vergleichen, um sich von der Verschiedenheit der Ansichten zu überzeugen; ben auf die Richter wird diese Verschiedenheit leicht wirken, und erklärt ich das Gesetz nicht näher, so wird der Kreis der Injurien auf das äußerste ausgedehnt. Die Erfahrung der Länder, in welchen solche unbestimmte Fassungen im Gesetze vorkamen, z. B. in Baden, beweist dieß zur Genüge. Der Gesetzgeber muß daher aussprechen, daß er nur so weit eine strafbare Injurie annimmt, als Jemand die Sittlichkeit oder Rechtlichkeit eines Anderen durch falsche Vorwürfe angreift oder den Anderen als verächtlich behandelt. In dieser letzten Beziehung bleibt freilich noch dem Ermessen des Richters viel überlassen; er muß die Volksansichten und die kleinsten Umstände des Falles zu Rathe ziehen; allein das Ermessen ist doch schon genügend geleitet, wenn der Gesetzgeber bestimmt aussprach, daß nur da eine Injurie vorhanden sein soll, wo die Sittlichkeit oder Rechtlichkeit einer Person angegriffen ist. Eben in Bezug auf wörtliche Aeußerungen, die nicht an sich Schimpfworte enthalten, entsteht der größte Streit, und in Ansehung dieser wirkt die gesetzliche, gehörig beschränkende Fassung zweckmäßig. Der Gesetzgeber muß sich dabei nur hüten, durch die Wahl gewisser Ausdrücke, die nach dem ersten Anblicke passend die Injurie zu charakterisiren scheinen, die Richter irre zu leiten und die Annahme von Injurien in Fällen zu veranlassen, wo keine vorhanden ist, z. B. wenn das Gesetz darauf die Injurie stellt: daß Jemand den Anderen dem öffentlichen Spotte Preis gibt[99]), oder wenn schon auf das Bezeigen der Geringschätzung die Injurie gestellt wird. Schon einzelne römische Fragmente beweisen, daß die Römer nicht daran dachten, überall, wo Jemand durch sein Benehmen zwar zeigt, daß er einen Anderen nicht hochschätze, eine Injurie anzunehmen, z. B. wenn Jemand sich weigert, in die Ehrenbezeigungen, die einem Anderen gemacht werden sollen, einzustimmen[100]).

V. Die richtigste Unterscheidung der Injurien ist, wie die obige Darstellung lehrt, auch nach den neuen Gesetzgebungen die in Verleumdungen und Ehrenkränkungen. Wenn sich zwar nicht nachweisen läßt[101]), daß das römische Recht schon diese heutige Unterscheidung gekannt habe, und wenn die römische calumnia nie demjenigen gleichgestellt werden kann, was etwa die Franzosen calomnie und wir Verleumdung nennen, so ist doch in der auch in den römischen Stellen hervorgehobenen Richtung: ne quid infamandi causa fiat, eine Art von Injurien charakterisirt, welche in dem Verbreiten von wissentlich falschen Thatsachen bestehen, die geeignet sind, bei den Mitbürgern die Meinung zu begründen, daß der Andere verächtlich sei. Da die alten Juristen fanden, daß

---

99) Mit Recht erklärte sich die württemberg'sche Kammer gegen dieß Merkmal. Hufnagel, Commentar Th. II, S. 172.

100) L. 13. §. 4. D. de iniur.

101) S. auch Hoffmann, im Archive des Criminalr., 1842, S. 498.

in der römischen calumnia ein betrügliches Handeln liege, so war es leicht dazu zu gelangen, in den Fällen, in welchen der Injuriant etwas dem Anderen andichtet, von einer calumnia zu sprechen; die spätere Doctrin bildete dann die Ansicht aus, und wohl mit Recht wird die Verleumdung hervorgehoben[102]), weil in ihr ein eigenthümliches Merkmal liegt, das in den meisten Fällen eine höhere Strafe rechtfertigt. Der Verleumber schadet in der Regel mehr als der Injuriant. Es liegt in der Natur der Sache, daß die Menschen an die Unwürdigkeit eines Anderen leichter glauben, wenn der Injuriant von dem Anderen gewisse Thatsachen erzählt, welche, wenn sie wahr wären, den Beschuldigten als unsittlich oder unrechtlich darstellten; der Nachtheil kann hier um so größer sein, je mehr die Wirksamkeit eines Mannes untergraben ist, je mehr er als unsittlich oder unrechtlich erscheint, und bei der Andichtung strafbarer Handlungen selbst die Gefahr eintritt, daß auf den Grund des wegen verübter Verbrechen entstandenen Gerüchtes Jemand einer Criminaluntersuchung ausgesetzt wird[103]). Nothwendig ist aber zur Verleumdung, daß eine bestimmte unsittliche oder strafbare Handlung angedichtet werde, weil hier erst der Nachtheil der Verleumdung besteht, daß der Vorwurf nur da leichter geglaubt wird, wenn etwa eine bestimmte Thatsache Jemandem vorgeworfen wird, indem man dann voraussetzt, daß der, welcher dieß behauptet, Kenntniß von dem bestimmten Vorgange hatte[104]). Mit Unrecht würde man aber den Begriff der Verleumdung, wie das oben angeführte bayer'sche Gesetzbuch es thut, nur auf Andichtung von Verbrechen oder Vergehen einschränken, weil der Vorwurf unsittlicher Handlungen oft noch mehr den edlen Mann kränkt, und selbst im bürgerlichen Leben einen größeren Nachtheil haben kann[105]). Auch sollte man nicht auf den öffentlichen Vorwurf, wie der Code pénal es thut, die Verleumdung beschränken, da eine schändlicher Weise von Haus zu Haus getragene falsche Beschuldigung, oft auch nur die Andichtung bei gewissen Personen, von denen das Wohl des Geschmähten abhängt, weit empfindlicher wirkt, als der in einer Gesellschaft gemachte Vorwurf[106]). Nothwendig ist aber immer zur Verleumdung, daß die Andichtung anderen Personen, außer dem Geschmähten, mitgetheilt werde, weil da, wo sie nur dem Geschmähten allein (sei es auch in einem Briefe) gemacht wird, der Grund nicht eintritt, daß dadurch Verachtung und üble Meinung von Seite anderer Personen entsteht, und daher nur Injurie vorliegt. Wesentlich ist aber, daß die Verleumdung wissentlich falsch gemacht werde; nur dann paßt das Merkmal des Betruges und der Andichtung. Die juristische Herstellung dieses Merkmales hat freilich große Schwierigkeiten. In vielen Fällen kann zwar der wegen Verleumdung in Untersuchung Gezogene nur nicht den Beweis seiner Behauptung liefern; allein es ergibt sich, daß er nicht wissentlich Falsches andichtete, da

102) Marezoll, Lehrbuch S. 363.
103) Mein Aufsatz im Archive XIV. S. 88.
104) Kettenacker, über Ehrenkränkung S. 25.
105) Z. B. in Bezug auf ein Frauenzimmer.
106) Haus, Observations sur le projet de Revision vol. III. p. 326.

er vielmehr die dringendsten Gründe hatte, die Thatsache für wahr zu halten, aber die Wahrheit nicht nachweisen kann[107]). Es gibt wieder andere Fälle, in welchen Jemand leichtsinnig eine irgendwo aufgehaschte Nachricht weiter verbreitet, nach der üblen Sitte mancher Personen, auch mit voller Bestimmtheit die Thatsache als eine völlig gewisse anführt, ohne ihre Wahrheit geprüft zu haben. Juristisch kann nun nichts als wahr angenommen werden, was nicht juristisch erwiesen ist. Behauptet der wegen Verleumdung Prozessirte die Wahrheit des Vorwurfes, kann er ihn aber nicht beweisen, so erscheint er zwar als Verleumder, allein weise gestattet die Gesetzgebung auch einem solchen Angeschuldigten den Beweis des Nichtvorhandenseins seines Bewußtseins von der Falschheit der Thatsachen. Kann er beweisen, daß er erhebliche Gründe hatte, die Thatsache für wahr zu halten, so fällt die Strafe der Verleumdung weg[108]). Es bedarf nicht der Aufstellung eines besonderen Vergehens der üblen Nachrede, wie der preußische Entwurf dieß aufstellt[109]). Das Gesetzbuch muß bei der Strafe der Verleumdung[110]), bei welcher sich der Gesetzgeber klar die verschiedenen möglichen Fälle, wie Jemand über die von einem Anderen begangenen unsittlichen oder unrechtlichen Handlungen sich äußern kann, sich vergegenwärtigen muß[111]), dem richterlichen Ermessen einen sehr weiten Raum geben, weil die Abstufungen der Verschuldung ins Unendliche gehen; es ist selbst nothwendig, daß die Strafe der Verleumdung in ihrem Minimum gering ist und die Strafe der Ehrenkränkung in ihrem Maximum nicht zu niedrig sei, weil, wenn auch in der Regel die Verleumdung als nachtheiliger für die Ehre des Geschmähten strengere Strafe verdient, doch nach der Erfahrung Fälle vorkommen können, welche zwar dem Buchstaben des Gesetzes nach unter den Begriff der Verleumdung zu stellen[112]), aber unter den vorhandenen Umständen nicht nachtheilig und nicht sehr strafbar sind, während durch manche zwar nur allgemeine — keine Verleumdung enthaltende Aeußerungen über einen Anderen, also nur durch Injurien — ein sehr großer Nachtheil für den Geschmähten eintreten kann, und die Handlung das Product der tiefsten Verworfenheit ist[113]).

Die Ehrenkränkung umfaßt dagegen alle Injurien, die nicht zu den eben bezeichneten Verleumdungen gehören. Die Verübung der Injurie (Ehrenkränkung) ist möglich A. durch den Inhalt, B. durch

---

107) Ein ehrenwerther Verwandter des Geschmähten selbst erzählte es; aber der Zeuge ist gestorben.

108) Mein Aufsatz im Archive, 1839, S. 49.

109) Gut Temme, Kritik des Entwurfes S. 199.

110) S. noch Hufnagel, Commentar II. S. 193, 215. Weiß, Commentar zum sächs. Strafgesetzbuche II. S. 386.

111) Eine sehr gute Unterscheidung von Hufnagel, Comm. II. S. 195—197.

112) Z. B. bei einer falschen Beschuldigung wegen einer Schmuggelei, die mehr aus Scherz geschah.

113) Z. B. bei einer schändlichen, am Traualtar einem Mädchen, das eben getraut werden sollte, gemachten Aeußerung, wie bei dem Vorwurf, daß sie eine Hure sei.

eine gewisse Form. Ad A. Durch den Inhalt kann eine Aeußerung Injurie werden, insofern sie eine Beschuldigung der Unsittlichkeit oder Unrechtlichkeit des Anderen enthält, ohne daß Verleumdung zum Grunde liegt, und zwar a) entweder durch allgemeine Beschuldigungen von unsittlichen oder strafbaren Handlungen, wenn keine bestimmte Thatsache vorgeworfen wird[114]), b) oder durch Beschuldigung unsittlicher Eigenschaften, oder c) unsittlicher oder verbrecherischer Gesinnungen[115]), d) auch durch die täuschende Vornahme von Handlungen, so daß der Glaube entstehen soll, daß ein Anderer sie verübt habe[116]). Es entsteht hier jedoch die Frage: ob das Gesetz nicht besser diesen Fall in den Kreis der Verleumdungen zieht und dieß Verbrechen daher auch so faßt, daß es auch Handlungen der zuvor bezeichneten Art begreift; wenigstens muß hier die Strafe die der Verleumdung sein.

Ad B. Durch die Form wird Ehrenkränkung verübt a) wenn Jemand einen Anderen so behandelt, wie man sich nur gegen einen völlig Unwürdigen eine solche Behandlung erlaubt; b) durch Schimpfnamen, welche nach der allgemeinen Meinung Zeichen der Verachtung sind; c) durch Vornahme von Handlungen oder Darstellungen, welche auf den Anderen ein nachtheiliges Licht werfen und den Glauben an seine Unwürdigkeit begründen.

VI. Betrachtet man einzelne Fälle, in welchen es oft streitig wird, ob eine Ehrenkränkung vorliege oder nicht, so muß man zugeben, daß bei keinem Verbrechen der Richter eines so feinen Taktes bei Beurtheilung einzelner Fälle bedarf, als bei den Injurien[117]). Wenn auf einer Seite die wahre Ehre der Bürger gegen rechtswidrige Angriffe geschützt werden muß, so hat auf der anderen Seite der Staat keinen Grund, auch die leicht zu reizbare Empfindlichkeit der Menschen, die ihren eigenen Werth überschätzen oder auf Güter und Eigenschaften, welche keinen wahren Werth des Menschen begründen, Werth legen, in Schutz zu nehmen oder die Freiheit des Urtheiles zu hindern, wenn sie auf die Handlungsweise der Menschen und auf ihre Leistungen sich bezieht. Durch die Annahme von Injurien in solchen Fällen würde die Kraft und die Wahrheitsliebe der Nation bald unterdrückt werden; es würde dadurch entweder die Sitte, Alles zu loben, oder eine alle geselligen Kreise störende Verschlossenheit eintreten, da der ehrlichste Mann fürchten müßte, durch ein offenes Urtheil einer Injurienklage sich auszusetzen, oder es würde eine der moralischen Natur des Menschen unwürdige diplomatische Schlauheit und Feinheit in der Wahl der Ausdrücke her-

---

114) Z. B. die Aeußerung, daß vor dem A. keine Ehefrau sicher ist und er jede verführt habe, oder daß B. böswillig gestohlen habe, was er bekommen konnte.

115) Richtig Hufnagel a. a. O. II. S. 177.

116) Jemand kleidete ein Freudenmädchen, das einem anderen ehrbaren Mädchen täuschend ähnlich sah, genau so, wie jenes Mädchen gekleidet war, nannte sie auch bei dem Namen des Mädchens und erlaubte sich die größten Unanständigkeiten gegen sie.

117) Hufnagel, Comm. II. S. 174, Note.

beigeführt werden; das Lob selbst würde seinen Werth verlieren, wenn Alles gelobt werden müßte, und der in dem Tadel liegende, zum Selbstdenken über uns und unsere Handlungen auffordernde, so wichtige Sporn, Tüchtiges zu leisten, würde wegfallen. Darnach ist es a) nothwendig, die Injurie von Handlungen und Aeußerungen zu unterscheiden, welche nur als Grobheit oder Indelicatesse betrachtet werden können. In der ersteren Beziehung kann man Unterlassungen von Höflichkeitsäußerungen an sich nicht Injurien nennen, z. B. wegen unterlassenen Hutabziehens[118]) oder wegen Verweigerung eines ehrenden Prädicates, z. B. eines Titels[119]). Es kann zwar durch die besonderen Umstände eine solche Unterlassung zur Injurie werden, entweder durch die beigefügten Worte oder durch das hinzukommende Benehmen, durch welches die Absicht, diese Unterlassung als ein Zeichen der Verachtung zu gebrauchen, sich kund gibt. Aus der obigen zweiten Rücksicht kann eine Unanständigkeit für sich, wenn sie in Gegenwart einer ehrbaren Person vorgenommen wird, sehr indelicat sein, z. B. unanständige Erzählungen oder Entblößungen; zur Injurie werden sie aber erst, wenn sie die Richtung gegen eine einzelne Person annehmen[120]) und entweder auf diese Person bezogen werden, um den Glauben auszusprechen oder bei Anderen zu erwecken, daß die Person selbst unsittlich sei, oder wenn sie vorgenommen werden, um zu zeigen, daß man jene Person nicht achte. b) Als leitender Grundsatz muß nach den oben aufgestellten Rücksichten der erscheinen, daß das Urtheil über die geistige Würdigkeit einer Person, über ihre Talente und über ihre Leistungen im wissenschaftlichen, künstlerischen oder Gewerbekreise frei sein muß und keine Injurie begründet, weil die Eigenschaften des Geistes nicht mit der moralischen Würdigkeit zusammenhängen, weil Niemand deßwegen verächtlich wird, daß er geistige Talente oder eine gewisse Geschicklichkeit nicht besitzt, weil Jeder dadurch, daß er im Leben mit gewissen Leistungen hervortritt, auch allen Anderen das Recht gibt, über den Werth der Leistung zu urtheilen, und er daher auch auf Tadel gefaßt sein muß, weil endlich der Richter nicht im Stande ist, über die Wahrheit solcher Urtheile zu entscheiden[121]). Es kann aber eine Injurie begründet sein, wenn das Urtheil über die geistige Würdigkeit zugleich mit einem (wenn auch versteckten) Urtheil über die Sittlichkeit des Anderen[122]) verbunden ist oder in Verbindung mit gewissen Handlungen vorkommt, die ein Ausdruck der Verachtung gegen den Anderen sind.

---

118) Hufnagel, Comm. II. S. 175, in der Note.

119) Nach Weiß, Commentar zum sächs. Strafgesetzb. Th. II, S. 397, nahm das sächs. Oberappellationsgericht an, daß das Weglassen des Prädikats Herr keine Injurie begründe.

120) L. 13. §. 11. 21. J. de iniuriis. Weber, von den Injurien I. S. 137.

121) Weber, über Injurien Th. I, S. 124, Th. II, S. 94, 163. Zum Bach, Bemerkungen S. 278. Mein Aufsatz im Archive XIV. S. 85.

122) Z. B. wenn man die schlechten Werke eines Anderen als Folge seiner sinnlichen Ausschweifungen, die seinen Verstand zerstörten, darstellte.

c) Vorwürfe von körperlichen Gebrechen eines Anderen werden in der Regel nur Indelicatesse enthalten, da auch hier die moralische Würdigkeit des Anderen nicht angegriffen wird; allein sie können Injurie begründen, entweder wenn sie mit einer herabwürdigenden Form, mit Verhöhnung des Anderen oder unter Umständen erfolgen, die als Zeichen der Verachtung gelten, oder wenn der Vorwurf in Verbindung mit der Unsittlichkeit des Anderen gebracht wird[123]). Dadurch, daß derjenige, welcher körperliche Gebrechen ausschwatzt, sich der Verletzung einer Pflicht zum Geheimnisse schuldig macht, wird die Handlung noch nicht zur Injurie; allein sie kann strafbar werden, so weit der Aeußernde eine strafbare Verletzung seiner Pflicht zur Geheimhaltung beging[124]), z. B. der Arzt.

d) Das Recht zum freien Urtheile über die geistige Fähigkeit oder die Geschicklichkeit eines Anderen wird dadurch nicht *aufgehoben*, daß derjenige, über welchen ein hartes Urtheil gefällt wird, von dem Staate angestellt oder zur Ausübung eines gewissen Berufes befähigt ist. Wenn zwar der Beamte Anspruch auf den Schutz der von dem Staate ihm verliehenen Ehrenrechte hat[125]), so bezieht sich dieß darauf, daß er bei der Ausübung seines Amtes fordern kann, daß Niemand ihn durch Beleidigungen störe, daß auch überhaupt Niemand ihm die Anerkennung der von dem Staate verliehenen Würde versage; allein deßwegen ist nicht die Freiheit des Urtheiles über seine Fähigkeit überhaupt aufgehoben; denn durch die Anstellung ist ihm noch nicht das eine juristische Vermuthung enthaltende Zeugniß seiner Geschicklichkeit in der Art gegeben, daß *jede* seiner berufsmäßigen Leistungen vorzüglich sei. Wer gegen ein von einem Richter gefälltes Urtheil appellirt, beschuldigt ihn zwar auch des Irrthumes, wer den Richter perhorrescirt, beschuldigt ihn auch menschlicher Befangenheit, aber er injurirt dadurch nicht; das allgemeine Urtheil über Unfähigkeit, hervorgegangen aus den einzelnen Leistungen, ist deßwegen noch keine Injurie und wird es nur[126]) durch die Umstände, die Form, das hinzukommende Benehmen, welche die Verachtung ausdrücken oder dadurch, daß man das Urtheil über die Fähigkeit zugleich mit einem Urtheile über die moralische Unwürdigkeit verbindet[127]).

e) Daß ein Ehrloser nicht injurirt werden könne[128]), darf in der Allgemeinheit nicht aufgestellt werden. Man würde sonst zu der Behauptung kommen müssen, daß ungestraft gegen eine zu entehrender Strafe verurtheilte Person jede Realinjurie, jede gemeine Verletzung der Schamhaftigkeit, jede Verbalinjurie verübt werden könne. Unsere Ehr-

---

123) Mein Aufsatz im Archive XIV. S. 87, und neue Folge, 1839, S. 36.

124) Hufnagel, Comm. II. S. 175.

125) Heffter, Lehrbuch §. 296.

126) Hoffmann, im Archive des Criminalr., neue Folge, 1842, S. 512.

127) Mein Aufsatz im Archive XIV. S. 84. Chassan, traité I. p. 341.

128) S. darüber Feuerbach, Lehrbuch §. 277, und Literatur in meinen Zusätzen Note II.

osigkeit ist keine solche Rechtsentziehung, daß der sogen. Ehrlose allen Unbilden preisgegeben werden könnte, nur einige Rechte sind dem Ehrlosen im heutigen Sinne entzogen[129]). Daß übrigens derjenige nicht strafbar ist, welcher von dem, der wegen eines entehrenden Verbrechens Strafe erlitt, erzählt, welches Verbrechen jener begangen habe, hängt mit den Grundsätzen von der exceptio veritatis zusammen.

f) Eine Injurie kann nach dem römischen Rechte auch mittelbar insofern verfolgt werden, als gewisse Personen wegen Beleidigungen, die nicht ihnen zunächst, sondern anderen mit ihnen nahe verbundenen Personen zugefügt werden, Klage erheben können[130]), wovon der Fall (auch mittelbare Injurie im weiteren Sinne oft genannt) getrennt werden muß, wo die gegen eine Person zunächst ausgestoßene Injurie auch eine Injurie gegen eine andere enthält. Daß jene mittelbaren Injurien römische Ansichten einer näheren, häuslichen Verbindung und einer potestas voraussetzen, als unser Recht[131]) sie kennt, ist nicht zu bezweifeln, daher auch über die Anwendung der römischen Stellen bei uns Zweifel entstehen können[132]); allein auch neue Gesetzbücher[133]) stellen das Recht dritter Personen in ähnlichen Verhältnissen (z. B. Vater, Ehemann) zu klagen auf; nur darf man, wo ein Gesetzbuch eine solche Injurie nicht mehr erwähnt, auch keine mittelbare Injurie annehmen, und da, wo nur gewisse Personen im Gesetzbuche erwähnt sind, dieß auch nicht auf Andere[134]) ausdehnen[135]); auch muß der Richter wohl beachten, ob das Gesetzbuch dieß Recht dritter Personen aus dem Gesichtspunkte der Vertretung Anderer, oder aus dem Standpunkte der mittelbaren Injurie auffaßt[136]).

g) Daß auch wegen Injurien, die in Bezug auf einen schon Verstorbenen geäußert werden, die Nachkommen klagen können, erkennt das römische Recht an[137]). Man kann zwar hier nicht von einer dem Verstorbenen selbst zugefügten und gleichsam in seinem Namen erfolgten Injurie sprechen, sondern nur das Interesse und das Zartgefühl der Erben, welche gekränkt werden, wenn das Andenken der ihnen theueren Personen geschmäht wird, bewog auch die neueren Gesetzgebungen, den Nachkommen mit gewissen Beschränkungen ein Klagerecht zu geben[138]). Nur muß dabei das Gesetz davon ausgehen, daß die Freiheit des Ur-

---

129) Gut Hufnagel, Commentar II. S. 178. Abegg, Untersuchungen S. 61. Neues Archiv des Criminalr. IX. S. 623.

130) §. 2. Inst. de iniur. L. 1. §. 3. 4. 6. 8. L. 15. §. 24. D. de iniur. Feuerbach, Lehrbuch §. 281.

131) Wie weit man von mittelbaren Injurien sprechen soll s. Temme, Kritik des preuß. Entwurfes S. 224.

132) Sander, in den Annalen der badenschen Gerichtshöfe, 1835, Nr. 49.

133) Sächs. Gesetzbuch Art. 203. Württemberg. Art. 292.

134) Schwerlich hat der Bräutigam wegen der Injurie der Braut das nach röm. Rechte (L. 15. §. 24. D. de iniur.) gegebene Recht.

135) Hufnagel a. a. O. II. S. 219.

136) Weiß, Commentar II. S. 412.

137) Literatur in meinem Zusatze IV. zu Feuerbach's Lehrbuch §. 277.

138) Hufnagel, Comment. II. S. 222.

theiles über Verstorbene noch größer sein muß, da der Todte nicht mehr selbst Nachtheile aus Injurien fühlt und dem Reiche der Geschichte angehört, in welchem Freiheit der Aeußerungen anerkannt werden muß; es sollte daher nur den zunächst mit dem Verstorbenen verbundenen Personen, z. B. Ehegatten, Eltern, Descendenten ein solches Klagrecht eingeräumt werden[139]), und zwar unabhängig davon, ob der Kläger Erbe des Verstorbenen wurde[140]). Auch darf man nicht allen Nachkommen (oft nach vielen Generationen noch) solche Klagerechte geben; auch sprechen viele Gründe dafür, nur bei Verleumdungen[141]) gegen Verstorbene den Nachkommen Klagerechte zu geben.

VII. Ein wesentliches Erforderniß der Injurie ist die Absicht zu beleidigen (animus iniuriandi). Ueber die Bedeutung dieses Erfordernisses herrscht große Verschiedenheit der Ansichten, theils weil man zu sehr diese Art der Absicht von dem Dolus überhaupt zu trennen suchte, theils weil die Theorie von dieser Absicht unter dem Einflusse der gemeinrechtlichen Ansicht entstand, nach welcher die Injurie in der Regel civilrechtlich verfolgt wurde und man zu dem Klagegrunde der Injurie auch den animus iniuriandi forderte, dessen Beweis der Kläger führen mußte. Wenn die römischen Gesetze[142]) erklären, daß keine iniuria ohne dolus verübt werden kann, so ist dadurch die culpose Injurie ausgeschlossen[143]), weil die Injurie nicht zu den Verbrechen gehört, deren Thatbestand eine gewisse Wirkung fordert, so daß auch dann Strafe eintritt, wenn diese Wirkung auch nur durch culpa herbeigeführt ist, weil auch bei der Injurie selbst da, wo Jemand unvorsichtig eine Aeußerung macht, die den Anderen verletzen könnte, durch die nachfolgende Erklärung des Aeußernden, daß er keine böse Absicht hatte. Die römischen Stellen, welche man als Beweise der Annahme culposer Injurien anführte[144]), beziehen sich nur darauf, daß man wegen gewisser Beschädigungen, wenn sie auch nicht mit dolus verübt waren, civilrechtlich klagen kann[145]). Die sogen. Absicht zu beleidigen ist eigentlich nur der dolus, der bei der Injurie (wie überhaupt bei den einzelnen Verbrechen) eine besondere Richtung hat und darin besteht, daß der Injuriant, während er weiß, daß seine Handlung oder Aeußerung eine solche ist, welche die Ehre des Anderen kränken und ihn als verächtlich darstellen kann, diese Handlung oder Aeußerung doch vornimmt. Dadurch spricht er schon hinreichend aus, daß er seine Meinung von der Verächtlichkeit des Anderen an den Tag legen oder in der Meinung der Mitbürger den Anderen als verächtlich darstellen will. Es genügt darnach zur Injurie, wenn der Injuriant zwar bei der Vor-

139) Das hessische Gesetzbuch, §. 321, gibt das Klagerecht nur den Eltern, Großeltern, Kindern, Enkeln, Ehegatten, Geschwistern des Verstorbenen.
140) Mit Unrecht spricht das hannov. Gesetzbuch, Art. 269, von Erben.
141) Braunschweig. Gesetzbuch Art. 245.
142) L. 3. §. 1. 2. L. 44. D. de iniur. L. 5. Cod. de iniur.
143) Mein Zusatz I. zu Feuerbach's Lehrbuch §. 278.
144) L. 7. §. 13. L. 31. J. de iniur.
145) Wächter, Lehrbuch II. S. 93.

nahme einer Injurie einen anderen Hauptzweck[146]), aber das Bewußtsein hat, daß seine Handlung oder Aeußerung ehrenkränkend ist, und dieselbe als Mittel zur Erreichung seines Zweckes braucht[147]). Dadurch ist schon das Wesen der Injurie erschöpft, wenn der Thäter seine Nichtachtung der fremden Persönlichkeit an den Tag legt[148]). Bei der Verleumdung wird in dem Vorwurfe der unsittlichen oder verbrecherischen Thatsache schon der animus iniuriandi dann vorliegen, wenn der Angeschuldigte nicht die Thatsache beweisen kann, weil er dann als wissentlich falsch vorbringend erscheint, wenn er nicht nachweist, daß er wenigstens gute Gründe gehabt habe, sie für wahr zu halten. Bei anderen Injurien aber kommt es freilich auf die Art der Absicht an, theils weil wirklich einzelne Handlungen eine sehr verschiedene Auslegung leiden, und hier auf die Umstände es ankommt, unter denen sie vorgenommen werden[149]), theils weil eine an sich sehr verletzende Handlung durch den Irrthum, zu welchem der Andere selbst Veranlassung gab, entschuldigt werden kann[150]), theils weil auch durch gewisse Verhältnisse, welche zwischen dem Aeußernden und dem Injurirten obwalten, die Annahme einer ehrenkränkenden Absicht beseitigt wird, z. B. bei Aeußerungen in Amtsverhältnissen oder bei Injurien unter Ehegatten[151]). Man kann dabei nicht die civilrechtlichen Grundsätze vom Beweise und Gegenbeweise zur Anwendung bringen, so daß der Ankläger den Beweis des animus iniuriandi vollständig liefern muß, so wie man auch mit gewissen allgemeinen Präsumtionen[152]) für oder wider diesen animus nicht zu freigebig sein muß[153]). Am richtigsten wendet man die Grundsätze, welche über den Beweis des dolus gelten, auf den Beweis des animus iniuriandi an[154]), so daß der Richter bei einer Injurie alle Umstände des einzelnen Falles untersucht, dabei mit gleicher Sorgfalt die für die Schuld wie für die Unschuld herstellt, also auch Alles ausmittelt, was nach der Erklärung des Angeschuldigten über die Art, wie er auf unsträfliche Weise zu seiner Aeußerung kam, gegen die Annahme des animus iniuriandi spricht. Nach dieser Erwägung wird der Richter leicht im Stande sein, über das Dasein oder Nichtdasein dieses animus zu entscheiden[155]). Dem Angeschuldigten muß nur immer erlaubt sein, Alles anzuführen, wodurch er von dem Vorwurfe der Absicht zu beleidigen sich befreit; in dieser Beziehung kann auch unter Umständen bei

---

146) Z. B. A. will durch die Aeußerung erreichen, daß ein Anderer das Mädchen, welches A. injurirt, nicht heurathe und A. sie dann heurathen könne.
147) Abegg, Lehrbuch §. 296.
148) Marezoll a. a. O. S. 359. Heffter, Lehrbuch §. 302.
149) Z. B. L. 44. D. de iniur. Wenn Jemand einen Bürgen mahnt. Hofmann, im Archive des Criminalr., 1842, S. 374.
150) Z. B. nach L. 15. §. 15. D. de iniur.
151) Abegg, im Archive des Criminalr., 1842, Nr. 14.
152) Heffter a. a. O. §. 302, Note 5.
153) Am wenigsten sollte es ein Gesetzbuch thun.
154) Gut Hufnagel, Comm. II. S. 170.
155) Weber, von den Injurien I. S. 71.

Aeußerungen gegen einen Anderen die Vertraulichkeit der Aeußerung wichtig werden[156]).

VIII. Eine der wichtigsten Fragen ist hier, in wie fern der Beweis der Wahrheit der Thatsache, welche in der Beschuldigung eines Anderen liegt, denjenigen, welcher die Thatsache behauptete, von der Strafe der Verleumdung befreit. In Bezug auf das gemeine Recht kann die Zulässigkeit dieses Beweises nicht bezweifelt werden. Schon das römische Recht[157]) gestattete diesen Beweis; die Rechtsquellen des Mittelalters scheinen, unabhängig von den römischen Ansichten, den Beweis anerkannt zu haben[158]). Auch die Juristen des Mittelalters nahmen ihn bald in die Praxis auf[159]). In dem teutschen Gerichtsgebrauche war zwar eine Verschiedenheit der Ansichten[160]), allein die größte Zahl der Juristen und der Rechtssprüche erklärte sich für die Zulässigkeit, um so mehr, als das Gewicht der Gründe für die Gestattung dieses Beweises[161]) immer mehr erkannt wurde; weil der Begriff der Verleumdung nach allen Vorstellungen des Volkes einen falschen Vorwurf in sich faßt, und es allen Ansichten des Volkes widerstreben würde, wenn derjenige, welcher eine notorische oder leicht als wahr erweisbare Thatsache von einem Anderen aussagt, als Verleumder gestraft würde. Schließt das Gesetzbuch den Wahrheitsbeweis aus, so werden im gesellschaftlichen Leben eben so wie in den öffentlichen Verhältnissen mannichfaltige Nachtheile herbeigeführt; die gewissenhafteste Warnung, welche der redliche Mann dem Freunde in Bezug auf den Charakter eines Anderen ausspricht, muß dann eben so bestraft werden, als die offene im öffentlichen Interesse geschehene Erklärung, daß z. B. ein Wahlcandidat nicht würdig ist. Wenn die moralische Stimme eine gewisse Handlungsweise gebietet oder erlaubt, so hat der Gesetzgeber Unrecht, ein dieser moralischen Stimme entsprechendes Benehmen der Bürger zu bestrafen. Die Moral aber erlaubt nicht blos, ja gebietet selbst die Wahrheit zu sagen. Auch hat derjenige, gegen welchen eine ungerechte oder auf einer entstellten Thatsache beruhende Beschuldigung vorgetragen wird, selbst ein Interesse[162]), daß der Wahrheitsbeweis des Angeschuldigten nicht abgeschnitten werde, damit nicht durch den vom Gesetze über die Beschuldigung gebreiteten Mantel der Schein entstehe, daß doch die Beschuldigung in der Wahrheit gegründet sei und leicht hätte bewiesen werden können, wenn man nur den Beweis gestattet hätte. Auch in England und Frankreich, in

---

156) S. daher hessisches Strafgesetzbuch Art. 305.

157) L. 18. D. de iniur. Darüber Walter, im Archive des Criminalr. IV. S. 283.

158) Stellen in meinem Aufsatze im Archive des Criminalr., 1839, S. 5, und dazu in dem alten Rechte von Rheims in Varin. Archives p. 202.

159) Clarus, sent. V. §. iniuria p. 120.

160) Literatur in Heffter, Lehrb. §. 301, Note 4.

161) Mein Aufsatz im Archive des Criminalr. S. 24.

162) Daher hat das oben in Note 87 angeführte sardinische Gesetzbuch dem Injuriirten das Recht gegeben, auf die Führung des Beweises anzutragen.

welchen Ländern der Wahrheitsbeweis nicht gestattet wird, neigt sich die neuere Ansicht immer mehr dahin, das bestehende Recht als unpassend zu erklären[163]). In England wurden die Nachtheile der beschränkenden Rechtsansicht ohnehin durch das Geschwornengericht und durch die Rücksicht beseitigt, daß da, wo die Geschworenen fanden, daß der Angeschuldigte bona fide die Aeußerung machte (wohin auch der Fall der Aeußerung einer wahren Thatsache gehörte), sie kein libel annahmen und lossprachen[164]). Bei mündlichen Injurien ist in England immer der Wahrheitsbeweis gestattet. In Nordamerika, wo sonst englisches Recht gilt, ist es ein anerkannter Grundsatz[165]), daß der Beweis der Wahrheit zugelassen werden muß. Die gegen die Zulassung des Wahrheitsbeweises oft angegebenen Gründe[166]) widerlegen sich leicht, wenn man die zuvor angeführten höheren Interessen erwägt, welche die Gestattung des Wahrheitsbeweises fordern und wenn man über die Beschränkungen sich verständigt, unter welchen dieser Beweis zugelassen werden kann. Nie kann der Beweis gestattet sein, wo Jemand eine der Form nach begründete Injurie ausstößt, oder wo die Injurie in einem Urtheile besteht, welches über die Würdigkeit des Anderen im allgemeinen gefällt wird[167]). Ob auch da, wo zwar die Thatsache als wahr bewiesen wird, jedoch die Absicht zu beleidigen vorliegt, ist ein Gegenstand hoher Erwägung für die Gesetzgebung[168]). Es wird hier die Bestrafung von einem höchst unbestimmten Verhältnisse abhängig gemacht; sehr leicht kann der redlichste Mann in dem Gefühle der gerechten Entrüstung über das Unrecht eines Anderen, der schamlos mit seiner Tugend prahlt, auch in harten Ausdrücken, und eben nicht in der Absicht, dem Anderen wohlzuthun, sondern demjenigen, der Verachtung verdient, sie auch auszudrücken, eine Thatsache vorwerfen, die er streng beweisen kann. Soll er hier doch bestraft werden? Gestattet bei dem Wahrheitsbeweise kann es aber nicht sein, daß der Angeschuldigte sich auf solche Thatsachen beziehe, welche zur Zeit, als er die Injurie vorbrachte, noch nicht existirten, z. B. am 12. Juni 1843 hat A. von dem B. geäußert, daß er gestohlen habe, und will nun beweisen, daß im Juli 1843 B. gestohlen habe; denn hier ist ja nicht die Wahrheit der am 12. Juni gemachten Aeußerung bewiesen; dagegen muß er sich der Beweismittel bedienen dürfen, welche er zwar am 12. Juni für seine Behauptung noch nicht kannte, sondern erst später erfuhr, weil oft Jemand erst nachdem er veranlaßt ist, den Beweis zu führen, um Beweismittel sich umsieht. — Aus der oben gegebenen Darstellung der neuen Gesetzgebungen zeigt sich,

163) Nachweisungen in meinem Aufsatze im Archive, 1839, S. 11—20.

164) Merkwürdig ist hier der sixth Report on criminal law p. 58. und die interessanten Aeußerungen von Brougham und Dupin (der letzte über die französ. Gesetzgebung) p. 150. dieses Reports.

165) Nachweisungen in meinem Aufsatze im Archive S. 18.

166) Zusammengestellt in meinem Aufsatze im Archive S. 20.

167) Mein Aufsatz a. a. O. S. 31. Hufnagel a. a. O. II. S. 216.

168) Ueber die Rücksicht auf gute oder böse Absicht mein Aufsatz a. a. O. S. 37.

daß auch alle neuen teutschen Gesetzbücher[169]) den Wahrheitsbeweis zulassen und nur einige Beschränkungen beifügen. Die vorzüglichste derselben muß bei den Preßvergehen (s. unten den Art. Preßvergehen) geprüft werden.

IX. Eine eigene Art von Injurie ist in der gemeinrechtlichen Praxis unter dem Ausdrucke Realinjurie aufgestellt worden. Sie ist durch römische Fragmente, welche von iniuriae, quas in corpus patimur, oder iniuriae, quae re inferuntur sprechen, entstanden[170]). Man trennte nun die reine Injurie, die nur als Ehrenkränkung ohne Verletzung anderer Rechte der Person erscheint, und entweder als wörtliche oder als symbolische vorkommt, von der gemischten oder Realinjurie[171]), bei welcher neben der Kränkung der Ehre auch die Verletzung des Rechtes auf Integrität des Körpers vorkommt. Die Ansicht von den Realinjurien erhielt in neuerer Zeit eine andere Richtung durch die Ausbildung des Verbrechens der Körperverletzung[172]), und man glaubte selbst zuweilen, daß die Realinjurie bei der jetzigen Ausdehnung des zuletzt genannten Verbrechens ganz entbehrt werden könne; allein dieß ist eben so wenig in der teutschen Praxis[173]) gegründet, als es Beifall nach allgemeinen Grundsätzen verdient. Es ist nämlich schwerlich zu billigen, wenn man das Verbot der Körperverletzung zu weit ausdehnt, und jedes Stoßen, Schlagen, jede Mißhandlung eines Anderen eine Körperverletzung heißt. Wie das französische Recht unter dem Ausdrucke: voies de fait alle[174]) geringen Thätlichkeiten begreift, die nicht zu den im Gesetzbuche mit correctionellen oder peinlichen Strafen bedrohten Verwundungen gehören, so hat das teutsche Recht die geringen Thätlichkeiten unter den Gesichtspunkt der Realinjurie gestellt[175]).

Der Erfolg und die Hauptrichtung der Handlung im einzelnen Falle bestimmen den Unterschied. Ueberall, wo die Thätlichkeit einen schweren Erfolg hatte (die Grenze muß freilich das positive Gesetz ziehen) oder wo die Absicht des Thäters erweislich auf die Hervorbringung der Verletzung der Integrität des Körpers gerichtet war, z. B. um den Geschlagenen unbrauchbar für seine Geschäfte zu machen, ist Körperverletzung vorhanden, während in anderen Fällen, z. B. bei Schlägen, wo kein schwerer Erfolg eintrat und keine eben zuvor bezeichnete Absicht zum Grunde lag, Realinjurie eintritt, bei welcher die Verletzung des Körpers nur die Nebensache ist[176]). Die bei einer solchen Injurie ein-

---

169) Prüfung derselben in meinem Aufsatze a. a. O. S. 8.

170) L. 1. §. 1 u. 2. D. de iniur. in Paulli Rec. S. V. 4. §. 1.

171) Feuerbach, Lehrbuch §. 282, 291. Abegg, Lehrb. §. 411. Marezoll, Lehrbuch S. 861.

172) Heffter, im Archive des Criminalr., 1839, S. 247.

173) Das preuß. Landr. II. Tit. 20, §. 796, spricht auch von den Realinjurien.

174) Hélie, theorie du Code pénal vol. V. p. 384.

175) Auch neue Gesetzbücher führen noch darauf. Sächs. Gesetzbuch §. 196. Württemberg. §. 283.

176) Temme, Kritik des preuß. Entwurfes II. S. 208.

tretende Verletzung der Persönlichkeit durch Angriff auf den Körper bewirkt zwar, daß bei der Strafausmessung die Strafe höher werden kann, weil schon die Volksansicht die Thätlichkeit gegen einen Anderen als das höchste Zeichen der Verachtung betrachtet; aber deßwegen hat man Unrecht, von einer Concurrenz der Verbrechen zu sprechen und die Strafe der Injurie und der Körperverletzung zum Grunde zu legen[177]).

X. Nach gemeinem Rechte kommen als rechtliche Nachtheile verübter Injurien vor: A. der Anspruch auf Privatgenugthuung; B. die öffentliche Strafe; C. die Verpflichtung des Injurianten zur Abbitte, Ehrenerklärung und Widerruf. Das römische Recht gibt dem Injurirten das Recht[178]), vermöge der ästimatorischen Klage auf eine ihm zufallende Geldsumme anzutragen, bei welcher er seine erlittene Kränkung zu Geld anschlägt, jedoch der Richter das Ermäßigungsrecht hat[179]). Neben dieser Klage besteht noch gemeinrechtlich die Klage auf Schadenersatz, insofern der Injurirte einen erlittenen Schaden in Folge der Injurie nachweisen kann. Bei der Darstellung der Bestimmungen der neuen Gesetzgebungen wurde bereits angeführt, daß die meisten die Injurienklage aufgehoben und nur öffentliche Strafen eingeführt haben; die württembergische Gesetzgebung hat jedoch diese Klage beibehalten, und zwar weil die Kammern gegen den Vorschlag der Regierung, welche die actio iniuriarum aufheben wollte, für die Zweckmäßigkeit derselben sich erklärten[180]). Eine feste Volksansicht über den Gebrauch dieser Klagen läßt sich nicht nachweisen. Sehr häufig werden diese Klagen nur von Personen gebraucht, bei welchen der große Werth, den sie auf eine Geldsumme legen, zeigt, daß für sie die Ehre nicht sehr hohe Bedeutung hat; am meisten kommt die Klage bei den mittleren Ständen vor, und hat häufig die Folge, daß der Sieger die Geldsumme, welche ihm zuerkannt wird, nicht für sich behält, sondern einer wohlthätigen Anstalt zuweist. Die gebildete Classe des Volkes findet die in dieser Klage liegende Art, die Ehre zu Geld anzuschlagen, nicht für würdig; allein es läßt sich nicht leugnen, daß auch oft Personen, welche auf Ehre hohen Werth legen, sich dieser Klage bedienen, nicht um Geld zu gewinnen, sondern um ein Mittel zu erhalten, durch welches sicherer die Verübung der Injurie constatirt werden kann, als dieß bei dem Strafprozesse der Fall ist, weil bei der Gestattung der actio aestimatoria der Civilprozeß eintritt, und in diesem vorzüglich die Zulässigkeit der Eideszuschiebung bewirkt, daß eher der Beweis der Injurie geführt werden kann, z. B. in Fällen, in welchen der Beleidiger nicht vor Zeugen, sondern absichtlich in Abwesenheit von solchen einen

177) Mit Recht erklärt sich daher auch Temme, a. a. O. S. 206, gegen den preußischen Entwurf. Vgl. den Art. Körperverletzung.

178) §. 7. Inst. de iniur. Gensler, im Archive für civil. Praxis IV. Nr. XI.

179) Heffter, Lehrbuch §. 306. Marezoll a. a. O. S. 365.

180) Ueber den Gang der Verhandlungen v. Wächter, im Archive für Civilpraxis XXIII. S. 77.

Anderen empfindlich beleidigt und der Beleidigte hoffen kann, daß der Beklagte, wenn er ihm den Eid zuschiebt, doch nicht wagt, den Eid zu leisten. Zuweilen wird auch die Injurienklage gewählt, um einen wirklich durch die Injurie erlittenen aber schwer zu liquidirenden Schaden ersetzt zu erhalten. — Die neben der ästimatorischen Klage zulässige (auch in Württemberg nach Art. 18 des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen gestattete) Schadenersatzklage zeigt sich in ihrer Anwendung häufig unwirksam, weil die teutsche Praxis zu ängstlich strenge Beweise des Causalzusammenhanges zwischen der Injurie und dem Schaden und ebenso vollständige Nachweisungen der Größe des Schadens fordert, was wohl selten möglich ist[181]), daher, wenn man die Schadensklage gewähren will, man dem Beispiele der Franzosen folgen und dem Ermessen der Richter eine große Freiheit der Abwägung des Schadens nach den Verhältnissen des einzelnen Falles einräumen muß. — Grundsatz ist es, daß der Beleidigte wählen muß, ob er die actio iniuriarum aestimatoria gebrauchen oder auf öffentliche Strafe antragen will, so daß er beide Wege zusammen nicht gebrauchen kann[182]), was weise ist, weil es nur die Folge eines übertriebenen Rachegefühles sein würde, wenn der Beleidigte nicht mit einer Genugthuung zufrieden sein, sondern beide fordern wollte. Jedoch steht der Befugniß, der Civilgenugthuungsklage sich zu bedienen, der Umstand nicht im Wege, daß eine Criminaluntersuchung wegen der Injurie von Amtswegen (soweit dieß das Gesetz erlaubt) oder auf Antrag eines Fiscals eingeleitet worden ist, weil in diesen Fällen dem Injuriirten nicht vorgeworfen werden kann, daß er beide Genugthuungswege forderte und weil er, da ihm das Wahlrecht durch die Handlung eines Dritten geraubt wird, nicht seine Befugniß verlieren darf, der Civilklage sich zu bedienen. Auch ist es anerkannt, daß, wenn auch der Beleidigte die actio aestimatoria wählte, er neben derselben auf Abbitte, Widerruf u. s. w. antragen kann, weil diese Klagen nach ihrer Entstehung und Bedeutung auf keine öffentlichen Strafen gerichtet sind[183]). Was die öffentliche Strafe betrifft, so herrscht darüber keine Gleichförmigkeit, weil auch die Ansichten über die Bedeutung der Injurien zu verschieden sind. Die teutsche Praxis unterschied eine zwischen leichten und schweren; zu den letzten gehören Injurien, welche mit Thätlichkeiten an der Person des Beleidigten verübt sind, Schmähschriften, Injurien der Kinder gegen ihre Eltern[184]), Beleidigungen gegen öffentliche Beamten, und Personen, denen der Beleidiger besondere Ehrerbietung schuldig ist. Aus der Vergleichung der Bestimmungen der neuen Strafgesetzbücher über Injurien lassen sich als allgemein anerkannte Sätze ableiten, daß Gefängniß- und Geldstrafen die Strafen der Injurien sind, daß die Ver-

181) Richtige Bemerkungen v. Wächter, im Archive a. a. O. S. 91.
182) §. 10. Inst. de iniur.
183) Weber, von den Injurien II. S. 47. Abweichende Ansichten kommen nur vor, weil man oft die Natur dieser Rechtsnachtheile verkennt.
184) Darüber holstein'sche Anzeigen, 1837, S. 340.

leumdungen in der Regel höher als einfache Ehrenkränkungen bestraft werden, und die Strafe der ersten bis zwei Jahre Freiheitsstrafe steigern kann. Der Fehler mancher neuen Gesetzbücher liegt hier nur darin, daß sie Rücksichten, welche der zartfühlende und gerecht urtheilende Richter von selbst nehmen wird (aber dann mit Abwägung der kleinsten Umstände des Falles), absolut als Normen aufstellen, welche der Richter befolgen und daher wegen gewisser Verhältnisse höher bestrafen muß; so z. B. läßt es sich nicht billigen, wenn absolut der Rang und Stand des Beleidigten oder der Umstand, daß die Injurie schriftlich verübt wurde, als nothwendiger Straferhöhungsgrund ausgesprochen werden; denn der Stand des Beleidigten an sich kann den sittlichen und bürgerlichen Werth des Menschen nicht erhöhen; im bürgerlichen Leben in den geselligen Kreisen tritt häufig der Rang und Stand in den Hintergrund; der Beleidigte des höheren Ranges stellt sich im geselligen Leben oft selbst dem eines niedrigeren Standes gleich oder hebt durch sein Auftreten im Leben und seine Eigenthümlichkeit die höhere Achtung auf, welche man ihm zwar gezollt haben würde, wenn er auch seines Ranges würdig sich betragen hätte; daher kommt es darauf an, ob nach den besonderen Umständen des Falles der Beleidiger Veranlassung haben konnte, durch den höheren Stand des Anderen von der Beleidigung sich abhalten zu lassen[185]). Auf diese Art kann auch leicht die mündliche Injurie, die in einer großen Gesellschaft oder bei Personen, die auf das Glück des Geschmäheten den größten Einfluß haben, ausgestoßen werden, viel empfindlicher und nachtheiliger sein, als die schriftliche Injurie, die in einem engeren Kreise bleibt. In Bezug auf die Beleidigung von Beamten ist es gewiß zu rechtfertigen[186]), wenn die Verleumdung oder Ehrenkränkung eines Beamten, die während der Ausübung seines Amtes ihm zugefügt ist, mit strengerer Strafe belegt wird, weil jeder Bürger da, wo er dem Beamten als solchem gegenübersteht, auch durch die dem Amte schuldige Achtung von einem beleidigenden Betragen abgehalten werden soll und daher doppelte Pflichten verletzt und die Handhabung der Ordnung im Staate durch Amtsbeleidigung stört; der Fehler einiger neuen Gesetzgebungen liegt hier nur darin, daß man dieß Vergehen über alle Gebühr ausdehnt und zwar nicht blos da, wo es auch gemeinrechtlich nur angenommen werden darf[187]), wenn die Beleidigung während der Amtsausübung verübt wird[188]), sondern auch wenn sie in Beziehung darauf geschieht; dadurch wird das Gericht genöthigt, so viele Handlungen, bei welchen der Beleidiger nur dem Beamten als Privatmann gegenübersteht, mit strenger Strafe zu belegen, wo diese durchaus nicht gerecht ist, z. B. wenn, oft nach langer Zeit, im geselligen Kreise ein Bürger einem Beamten wegen einer früheren Amtshandlung Vorwürfe macht. Daraus erklärt sich auch die in

185) Temme, Kritik II. S. 214.
186) Literatur in meinem Zusatze II. zu Feuerbach's Lehrbuch §. 297.
187) L. 1. §. 1. D. de extraord. crim. L. 10. Cod. de episc. cleric.
188) Weber, über Injurien III. S. 190.

Ländern, wo neue Gesetzbücher gelten, vorkommende große Zahl von Amtsbeleidigungen[189]), die es nicht wahrhaft sind, z. B. wenn der Bürgermeister auf dem Dorfe, der auf dem Acker arbeitet und von seinem neben ihm arbeitenden Nachbar wegen einer von dem Bürgermeister vor einigen Monaten erlassenen Verfügung Vorwürfe erhält, wegen Amtsbeleidigung klagt. Ein anderer Fehler liegt darin, daß manche neue Gesetzbücher die Amtsbeleidigung, statt in dem Capitel von den Injurien der Beleidigung von Beamten und anderer im öffentlichen Dienste stehender Personen als einer höheren Art des Vergehens auch höhere Strafe zu drohen, aus der Reihe der Injurien herausnehmen und als ein eigenes Verbrechen unter den Staatsverbrechen mit Strafe bedrohen, wodurch große Streitigkeiten über die Natur dieses Vergehens und darüber veranlaßt werden, ob man die allgemeinen Vorschriften über Injurien, z. B. Retorsion oder von Injurien gegen Verstorbene auch auf die Amtsbeleidigung ausdehnen darf[190]). In Bezug auf die Bestrafung der Injurien überhaupt muß noch eine Erfahrung hervorgehoben werden, nämlich die Nachweisung, daß die Einrichtung mancher Länder, nach welchen die Injurien nur als Polizeiübertretungen untersucht und bestraft werden, als nachtheilig sich ergibt, weil die Ehre ein so hohes Gut ist, daß der Beleidigte mit dem von einem einzelnen Polizeibeamten nach einer sehr summarischen Polizeiuntersuchung gefällten Urtheile nicht zufrieden ist, und das Volk es unpassend findet, wenn das Gesetz die Injurie, die oft so großen Schaden stiften und so tiefen Seelenschmerz verursachen kann, mit den Polizeiübertretungen, z. B. wenn Jemand die Gasse nicht kehrt oder in der Nacht Lärmen macht oder eine Polizeiordnung übertritt, in eine Classe wirft.

XI. Ein Hauptgrundsatz ist, daß die Injurie nicht von Amtswegen gerichtlich verfolgt und bestraft wird, sondern nur auf Klage des Beleidigten oder derjenigen, die ihn zu vertreten befugt sind. In dem römischen Rechte[191]), in welchem die iniuria als Privatdelict erschien, war dieß ohnehin consequent; allein auch in dem gemeinen teutschen Rechte gilt dieser Grundsatz, weil der zwar im gemeinen Rechte später eingeführte Inquisitionsprozeß nicht auf die Injurien bezogen werden kann, von welchen die Carolina nicht sprach, wo vielmehr das römische Recht im ganzen zum Grunde gelegt wurde[192]). Diese auch in neuen Gesetzbüchern[193]) anerkannte Ansicht, daß nicht amtlich wegen Injurien eingeschritten werden darf, ist aber auch durch innere Gründe selbst da, wo öffentliche Strafe gedroht ist, gerechtfertigt[194]), weil bei Injurien überhaupt das Gefühl desjenigen, gegen welchen sie gerichtet waren, zunächst

---

189) Meine Schrift über die Strafgesetzgebung Th. II, S. 74, Note 167.
190) Meine Schrift über die Strafgesetzgebung Th. I, S. 56, Th. II, S. 93 u. 153.
191) §. 10. Inst. de iniur.
192) Feuerbach, Lehrbuch §. 292, und meinen Zusatz I. hierzu.
193) Sächs. Gesetzbuch §. 203. Württemberg. §. 291.
194) Meine Schrift: über den neuesten Zustand der Strafgesetzgebung S. 179.

entscheiden muß, ob er sich beleidigt fühlen will, da er oft entweder aus der ihm bekannten Individualität des Injurianten Gründe ableiten kann, daß dieser ihn nicht beleidigen wollte, oder die Verworfenheit und Gemeinheit des Beleidigers von der Art ist, daß ein solcher nicht wahrhaft beleidigen und einen Nachtheil nicht hervorbringen kann. Es würde auch oft durch ein amtliches Einschreiten dem Beleidigten ein weit größerer Nachtheil als durch die Injurie zugefügt werden, wenn z. B. der schändliche Injuriant begierig die Gelegenheit erwartet, daß der Andere gegen ihn gerichtlich auftritt, um dann sein Gift noch mehr auszuspeien und Verhältnisse, die der Beleidigte nicht gern öffentlich macht, vor das Publicum zu bringen. — Nur in einigen Fällen gestattet oder fordert das gemeine Recht und neue Gesetzbücher (jedoch auf keine gleichförmige Weise) das amtliche Einschreiten, und zwar 1) bei Schmähschrift; 2) bei Beleidigungen der Eltern durch die Kinder; 3) bei Thätlichkeiten, die mit Störung öffentlicher Ruhe verbunden sind; 4) bei Amtsbeleidigung, insofern der Staat ein Interesse hat, daß der Ruf seiner Beamten unangetastet sei und erfahren will, ob der dem Beamten gemachte Vorwurf wahr ist. — Eine wichtige Frage ist die: ob die seit 1833 in Preußen bestehende, auch in dem neuesten Entwurfe beibehaltene Einrichtung, nach welcher die Zurücknahme des Strafantrages von Seite desjenigen, der ihn angebracht hat, so lange geschehen kann, als das Erkenntniß erster Instanz noch nicht publicirt worden ist, Beibehaltung verdient. Die Mehrheit der zum Gutachten aufgeforderten preußischen Gerichte erklärte sich dafür; allein nicht ohne Grund wird gegen diese Einrichtung eingewendet[195]), daß die Gestattung der Zurücknahme eines solchen Antrages die Würde des Gerichtes und das Ansehen der Gerechtigkeit gefährdet und störend wird, wenn nach Monate langen Verhandlungen der Beleidigte den ganzen Prozeß nutzlos macht und auf etwas verzichtet, worüber er nicht zu verfügen das Recht hat, nämlich über die im öffentlichen Interesse zu erkennende Strafe. Bemerkt muß jedoch werden, daß nach dem Zeugnisse mehrerer preußischer Praktiker die seit 1833 bestehende Einrichtung zuweilen eine dauernde und ernstliche Versöhnung zwischen dem Beleidiger und dem Beleidigten herbeiführt, insofern die Großmuth des Injurirten, der entschieden ein günstiges Urtheil erwarten darf, dem Beleidiger verzeiht und alle nachtheiligen Folgen für den letzten vernichtet, auf das Gemüth des Beleidigers wirkt.

XII. Bei Injurien kommt noch die Frage vor, wie weit die Compensation und Retorsion einen Einfluß haben kann. In Bezug auf die erste kann die Compensation insofern zur Sprache kommen, als der Beleidigte Anspruch auf die Privatgenugthuung und daher auf eine gewisse Geldsumme hat, und nun der Beklagte wegen der von dem Kläger gegen ihn ausgestoßenen Injurien gleichfalls eine Geldsumme zu for-

---

195) Temme, in den Beiträgen zum preuß. Strafrechte S. 105, und Temme, Kritik des preuß. Entw. II. S. 227.

dern hat und diese Compensationsweise geltend macht[196]). Bei der Retorsion, die wohl von dem Falle getrennt werden muß, wo Jemand wegen einer Realinjurie eine erlaubte Selbstvertheidigung anwendete, soll dadurch, daß der Beleidigte die Injurie erwiederte, die öffentliche Strafe aufgehoben und die Injurie straflos werden. Die Ansichten über die Wirkung der Retorsion waren schon gemeinrechtlich sehr verschieden[197]). Auf einen bestimmten Ausspruch des römischen Rechtes kann man sich dabei nicht beziehen; die Praxis führte das Institut ein. In den neuen Gesetzgebungen ist keine Gleichförmigkeit. Der württemberg'sche Entwurf erklärte auch die retorquirte Injurie als strafbar und die vorausgegangene Injurie für einen Milderungsgrund; allein die Volksansicht spricht sich für die Retorsion in der Art aus, daß bei der Injurie dadurch die Strafe ganz wegfalle[198]), weil man es verzeihlich findet, wenn im Augenblicke der ersten Aufregung der Beleidigte eine seine Ehre verletzende Aeußerung erwiedert, und diese Erwiederung daher straflos sein soll, um so mehr, als, wenn man eine andere Ansicht aufstellen wollte, die niederen Stände leicht zur Selbsthilfe greifen würden. Man kann auch anführen, daß die öffentliche Strafe durch die Klage des Beleidigten bedingt sei, daß man aber dem klagenden Urheber der ersten Injurie mit Grund entgegenhalten könne, daß er nicht mit Bewußtsein Recht zu haben klagen könne, weil er selbst gleiche Schuld wie der Beklagte hat, und daß dem klagenden Urheber der zweiten Injurie entgegengehalten werden kann, daß er durch die Erwiederung Selbsthilfe geübt und dadurch auf richterliche Hilfe Verzicht geleistet habe. Darnach enthalten mehrere neue Gesetzbücher[199]) die Bestimmung, daß keine Untersuchung stattfindet, wenn die Injurie erwiedert wurde, unter der Voraussetzung, daß die Retorsion auf der Stelle[200]) und ohne Ueberschreitung des Maßes[201]) geschehen ist, wogegen andere Gesetzbücher die vorausgegangene Anreizung bei der Injurie nur als Milderungsgrund erkennen[202]). Auch das französische Recht erkennt in dem Umstande, daß der Injuriant durch Beleidigung des Anderen gereizt worden ist[203]), einen Aufhebungsgrund der Strafe[204]).

Mittermaier.

196) S. darüber dieses Werk Bd. II, S. 744.

197) Weber, von den Injurien Th. II, S. 49. Gesterding, Ausbeute I. S. 323.

198) Kettenacker, über Ehrenkränkung S. 58, und Hufnagel, Comm. II. S. 225.

199) Württemberg. §. 293. Hannov. §. 268.

200) Dieß wird bedenklich bei schriftlichen Injurien, Hufnagel a. a. O. II. S. 224.

201) Ueber die Anwendung dieses Erfordernisses Sarwey, Monatschronik für Württemberg VII. S. 304.

202) Braunschweig. Gesetzb. §. 200, und zum Theil hessisches §. 314.

203) Code pénal art. 471. nr. 11. sagt: ceux qui sans avoir été provoqués, ont proférés injures.

204) Hellie, theorie VIII. p. 83.

Druck der Teubner'schen Officin in Leipzig.

Berichtigungen.

Seite 245, Zeile 6, statt: 1807, lies: 1817.

" 247, " 21, " heimgefallenes Lehen u. s. w., lies: auf den Grund von Lehensansprüchen, durch den westphälischen Frieden.

" 255, " 10 von unten, statt: ist bisher u. s. w., lies: nachdem dergleichen im Jahre 1836 den Landständen vorgelegt worden, es jedoch in Folge der Auflösung der Ständeversammlung zu keinem endlichen Beschlusse gekommen war (Landtagsverhandl. von 1836 bis 1839 Nr. 6, S. 15, Nr. 120, S. 6 flg.), weiter nicht die Rede gewesen.

" 278, " 21. Auch in der Herrschaft Schmalkalden war eine Union schon zu Stande gekommen, ihre Vollziehung aber wurde im Jahre 1837 durch den damaligen Minister des Inneren vereitelt.

In meinem Verlage sind folgende juridische Werke erschienen:

Zeitschrift
für
deutsches Recht
und
deutsche Rechtswissenschaft.

In Verbindung mit vielen Gelehrten
herausgegeben von

Dr. A. L. Reyscher,
Professor der Rechte in Tübingen,
und
Dr. W. E. Wilda,
Professor der Rechte in Breslau.

Jahrgang 1839—43. oder I. bis VIII. Band.
8. broschirt.
à Band 2 Thlr.

Inhalt:

I. Band: Ueber den Zweck dieser Zeitschrift. Von Reyscher. — Ueber das Dasein und die Natur des deutschen Rechts. Von Reyscher. — Ueber das Alter des Sachsenspiegels. Von J. Weiske. — Kritische Untersuchungen über die Gewere des deutschen Rechts. Von E. Th. Gaupp. — Wer haftet für die Abfindungen der Geschwister, die der den Hof übergebende Bauer zu berichtigen übernahm? Wann können sie eingeklagt werden? Von J. Scholz III. — Ueber das in der Berner Stadtbibliothek befindliche Manuscript des französischen Schwabenspiegels. Von Freiherrn v. Löw. — Das Pfändungsrecht. Von Wilda. — Ueber die germanische Bürgschaft mit Berücksichtigung des jütischen Low. Von G. L. Müller.

II. Band: Hannöversche Verfassungsfragen. Beantwortet von Reyscher. I. Sind die ständischen Rechte neu oder alt? II. Sind die Domainen Staats- oder Privateigenthum? III. Inwiefern ist der Nachfolger in der Regierung aus den Handlungen seiner Vorfahren verbunden? IV. Wie weit geht die Pflicht des Gehorsams, beziehungsweise des Rechts des Widerstandes gegen die Staatsgewalt? V. Kann eine Administrativ-Behörde wegen verfassungs- oder gesetzwidriger Handlungen gerichtlich in Anspruch genommen werden? — Ueber das dominium directum und utile. Von Dr. Ludw. Duncker. — Die Versorgung der Wittwen und Kinder bei staatswidrigen Ehen des deutschen hohen Adels. Vom Geheimen Oberrevisionsrath Dr. Heffter. — Ueber den Quasibesitz der auf Grund und Boden radicirten eigenthümlich deutschen Rechte, und den possessorischen Schutz derselben. Von Dr. Ludw. Duncker. — Zur Lehre von letztwilligen Verfügungen bei ehelicher Gütergemeinschaft. (Auf Grundlage eines praktischen Rechtsfalles.) Von Dr. P. Fr. Deiters. — Die Lehre von dem Spiel, aus dem deutschen Rechte neu begründet. Von Wilda. — Uebersicht über die deutschrechtliche Literatur vom Jahre 1839. Von Reyscher.

III. **Band:** Ueber die sogenannte juristische Gewere an Immobilien. Von Dr. **T. Brackenhoeft.** — Das deutsche Recht, insbesondere die Gütergemeinschaft in Schlesien. Von Dr. **E. Th. Gaupp.** — Entstehung, Beschaffenheit, Aufhebung des Wahlrechts der Schleswig-holsteinischen Stände. Von Dr. **A. L. J. Michelsen.** — Beitrag zur Bestimmung des Rechtsbegriffes des deutschen hohen Adels. Von Dr. **K. A. Tabor.** — Ueber die Rechte des Pächters an den geschätzten Inventarien des Landhaushalts; auch Einiges über den Eisernviehcontract. Von **J. Scholz** III. — Ueber die Verbindung des Lehnrechts mit dem deutschen Privatrechte zu einem systematischen Ganzen. Von Dr. **E. F. Dieck.** — Ein paar Worte über den neuesten Angriff auf die gemeine Staatsrechtslehre in **Mohls** Staatsrecht des Königreich Württemberg. 2te Auflage. Von der **Redaktion.** — Der reichsgräflich Bentinck'sche Erbfolgestreit. Von **Wilda.** — Unparteiische Betrachtungen über die hannöversche Frage. Von Dr. **v. Zirkler.** — Zusatz der Redaktion, betreffend die Auslegung des Bundesbeschlusses vom 5. Sept. 1839 in der hannöverschen Verfassungssache. — Ueber den Ursprung des Asylrechts und dessen Schicksale und Ueberreste in Europa. Von **R. Dann.**

IV. **Band:** Die Grundlagen der Kirchenverfassung nach den Ansichten der sächsischen Reformatoren. Ein Beitrag zur Revision der Stahl'schen Verfassungslehre. Von Dr. **Aem. Ludw. Richter.** — Ueber das Verhältniß des rationalen und nationalen Rechtes, mit Rücksicht auf die neuen Gesetzbücher. Von Dr. **H. Zöpfl.** — Beitrag zu der Lehre von der Bürgschaft aus dem nordischen Rechte. Von Dr. **P. D. Ch. Paulsen.** — Der reichsgräflich Bentinck'sche Erbfolgestreit. Fortsetzung. Von **Wilda.** — Uebersicht der deutschrechtlichen Schriften v. J. 1840. Von **Reyscher.**

V. **Band:** Ueber die Notnunft an Frauen. Von **Jacob Grimm.** — Ueber Papiere auf den Inhaber. Von Dr. **L. Duncker.** — Die Realgewerbrechte im Hinblick auf einen Rechtsfall. Von **Reyscher.** — Zur Würdigung des deutschen Drei-Instanzen-Systems aus dem legislativen Gesichtspunkte. Von Dr. **Bernh. Emminghaus.** — Ueber das germanische Element im Code Napoleon. Von Prof. Dr. **Zöpfl.** — Ueber die sogenannte juristische Gewere an Mobilien. Von Dr. **T. Brackenhoeft.** — Etymologische Erklärung des Verbum ad fatimire (L. Rip. tit. 49.) und des Substantivum ad fatimus (ibid.) in den fränkischen Gesetzbüchern, Capitularien und Formeln. Von Prof. Dr. **Wilbrandt.** — Die Ueberlieferung der Rechte durch Sprichwörter. Von **Reyscher.** — Zur Auslegung und Anwendung von II. F. 45. Von Dr. **A. L. J. Michelsen.** — Die Viehverstellung. Von Dr. **Huck.** — Einige Fragen, Actiengesellschaften betreffend. Von Dr. **Treitschke.** — Hessische Beiträge zur Beurkundung der Praxis des deutschen Rechts. Vom Advokat **Bopp.**

VI. **Band:** Die Reception des römischen Rechts in der Mark Brandenburg und die preußische Gesetzgebung vor König Friedrich II. Von Dr. **Laspeyres.** — Ueber die staatsrechtliche Stellung der ehemaligen Reichsritterschaft zur Landesverfassung im Allgemeinen und deren Gerichtsstand in Polizei-Sachen insbesondere, im Hinblick auf die neuen Bestimmungen im Königreich Württemberg. Von **Demselben.** — Zur Geschichte der reformirten Kirchenverfassung. Von Dr. **Bluntschli.** — Das gesetzliche Erbrecht der Basler Gerichtsordnung v. J. 1719. Vom Prof. **Wunderlich.** — Die Abtheilung und Abschichtung der Kinder nach Lübschem Recht mit Berücksichtigung der durch Gewohnheit und particulare Verordnungen in Holstein bewirkten Modification. Von einem holsteinschen Rechtsgelehrten. — Das Erbrecht der adeligen Töchter und deren Verzichte. Von **Reyscher.** — Das k. preußische und k. würtembergische Justizministerium über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege. Nebst einigen Worten für gemischte Gerichte. Von **Demselben.** — Uebersicht der deutschrechtlichen Schriften vom Jahre 1841. Von **Wilda.**

VII. **Band:** Ueber die erfrühete Erbfolge. Von Dr. **Chr. Ludw. Runde.** — Ueber den Ursprung des Lehnrechts. Vom Prof. **Zachariä von Lingenthal** — Ueber die Collision der Gesetze, nach Raum, Zeit und

Gegenstand. Von G. v. Struve. — Das Cöllner Recht und die gesammte Hand im Elsaß. Von Dr. Euler. — Von der bauerschaftlichen Meentverfassung im Dithmarschen und ihrer heutigen Reform. Von Dr. A. L. J. Michelsen. — Ueber die gleichartige Entwicklung des römischen und deutschen Rechts. Von F. W. Unger. — Für und wider das deutsche Recht. Von Reyscher. — Die neuesten Ausgaben des Schwabenspiegels. Nebst einer Erklärung des Freiherrn Joseph v. Laßberg. Von Reyscher. — Ueber die sogen. Gregorische Computation. Von Dr. Otto Mejer. — Die Hauptstufen in der Entwickelung des deutschen Rechts. Von Zachariä v. Lingenthal. — Beiträge zur Lehre von der Organisation der Bundesregierung. Von Adolf Doerr. — Zur Lehre von der Erbfolgefähigkeit der vorehelichen Kinder in Lehen und Stammgüter. Zwei Rechtsfälle. Von C. Göriz. Nebst einem Zusatze der Redaktion. — Praktische Bemerkungen zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen. Th. 1, das Personenrecht enthaltend. Von Fr. Purgold. — Zu den neuesten Ausgaben der Lex Salica. Von Advokat Dr. Binding I.

VIII. Band: Ueber den altgermanischen Ursprung der Lehre vom unvordenklichen Besitz. Von Dr. Pfeiffer. — Ueber die Begründung von Rechten an Dingen durch Vertrag. Von Dr. Brackenhoeft. — Ueber die Entwickelung der bäuerlichen Standes- und Güterverhältnisse, mit besonderer Rücksicht auf die oberhessische Landsiedelleihe. Von Dr. Sternberg. — Ueber den Umfang der Verantwortlichkeit des Treuhänders (Depositars) nach älterem deutschen, Liv- und Esthländischen Recht. Von Dr. v. Madai. — Ueber den Vorbehalt des Mitbaus bei der elterlichen Gutsübergabe. Von Purgold. — Ueber die Gemeindegerechtigkeiten, als Zugehörungen von Lehengütern. Von Seeger. — Die Phrenologie in ihrem Einflusse auf das Recht. Von G. v. Struve. — Die Wetten. Von Wilda. — Zur Lehre vom Näherrechte, insbesondere von der Erblosung nach gemeinem Rechte. Von Dr. Renaud. — Die Satzung des ältern deutschen, insbesondere des sächsischen Landrechts und ihre Fortentwickelung. Von Dr. v. Madai. — Die rechtliche Natur der Kirchenbaulast. Von Dr. Huck. — Bücherschau von den Jahren 1842 und 1843. Von Reyscher.

Kritische Bemerkungen
zu dem Entwurfe des
Strafgesetzbuches
für die
Königl. Preuß. Staaten
von
Dr. G. E. Schüler,
Oberappellationsgerichtsrath zu Jena,

I. Heft,
den ersten Theil betreffend.

gr. 8. 1844. brosch. 20 Ngr.

Otto Wigand.